

UNIVERSA

CIVILIS ET CRIMINALIS

JURISPRUDENTIA

AUCTORE

THOM. MAURITIO RICHERI

UNIVERSA
CIVILIS ET CRIMINALIS
JURISPRUDENTIA

JUXTA SERIEM INSTITUTIONUM

EX NATURALI ET ROMANO JURE DEPROMTA

ET

AD USUM FORI PERPETUO ACCOMMODATA

AUCTORE

THOM. MAURITIO RICHERI

EDITIO TERTIA

OMNI, QUA LICUIT, CURA ATQUE LABORE INDEFESSO, A QUAMPLURIMIS, IN NOTIS PRAECIPUE, MENDIS FALSISQUE ALLEGATIONIBUS REPURGATA, ET CORRECTA.

TOMUS III.

LAUDE POMPEJA
E TYP. JOANN. BAPTISTAE ORCESI
MDCCCXXVI.

JURISPRUDENTIÆ
LIBER SECUNDUS.

TITULUS I.

De rerum divisione, et acquirendo ipsarum dominio.

SUMMARIUM.

Series rerum a Justiniano servata obiter exponitur. Duplex est hujus tituli pars. §. 1.

§. 1.

Postquam Justinianus, in primo institutionum suarum libro, exposuit ea, quae ad personas speciatim pertinent, ad res progreditur, de actionibus dicturus sub finem libri tertii, et in quarto. Unico titulo explicat hic Imperator duo rerum argumenta, quae separatim in Pandectis pertractantur: videlicet de rerum divisione, et de modis, quibus ipsarum dominium acquiri possit. Vestigiis Justiniani insistentes haec quoque explanaturi sumus; sed distinctis capitibus, perspicuitatis caussa: in quorum primo diversas rerum species investigabimus, in altero modos, quibus earum dominium acquiratur.

CAPUT I.

De rerum divisione.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 1. tit. 8. *De divis. rer., et qualit.*

SUMMARIA.

Rei nomine intelligitur, quidquid est extra personas, et actiones; atque emolumentum aliquod afferre potest. §. 2.

Divisio rerum a Gajo proposita in eas, quae sunt divini juris, vel humani: illarum in sacras, religiosas, et sanctas. §. 3., *et 4.*

Res humani juris, quatenus alterius dominio subjici possunt, tribuuntur in publicas, et privatas: inspecta vero earundem natura, in corporales, et incorporales. §. 5.

§. 2.

Quid rei nomine veniat, facile intelligitur: cum enim, ut scite docet Justinianus, leges omnes referantur ad personas, res, vel actiones (1), consequens est, rerum appellatione contineri, quidquid nec persona, nec actio recte dicitur, quod tamen emolumentum afferre potest; quin intersit, utrum divini, an humani juris sit; publici, an privati; corpore constet, vel animo percipiatur; rei inhaereat, vel personae.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(1) §. *ult. instit. de jur. natur., gent., et civil.* (1. 2.)

§. 3.

Quamquam Justinianus, diversas rerum species enumerans, a jureconsultis profecto non dissentit; convenientior tamen, et magis apta videtur rerum divisio a Gajo proposita in secundo institutionum suarum libro, quam idcirco sequemur.

§. 4.

Summa rerum divisio, ait laudatus jureconsultus, duas partes habet: aliae sunt divini juris, aliae humani (1): rerum divini juris aliae sunt sacrae, aliae religiosae, quibus, per similitudinem, adjungi solent res sanctae (2).

(1) *Juris nomen hic potestatem significat, sicut in divisione personarum: ut sensus sit, quasdam res commercio, et potestate hominum exemptas in solius Dei jure, ac potestate haberi: alias vero sub hominis potestate constitutas esse, de quibus libere disponit.*

(2) *L. 1. in princ. ff. hoc tit. Res divini juris proprie nullius dicuntur in* §. *Nullius 7. instit. hoc tit., quia nec proprietate, nec usu ad aliquem pertinent; cum tamen publicae proprietate quidem nullius sint, usu tamen communes. Quamquam rerum divini juris aliquis etiam usus est, sed sacer, ita dicam, non profanus, qualis est usus rerum juris humani; sic templorum usus omnibus religionis caussa permittitur. Idem dicendum de sepulcris non tantum privatis, sed publicis, in quibus jus sepulturae competit illis, qui ex eadem universitate sunt: quo patet, res sacras ad publicas accedere. Demum muri, et portae civitatis cujusque defensioni inserviunt.*

§. 5.

Res humani juris duplici modo considerari possunt: vel ratione habita personarum, quarum dominio subjiciuntur; vel inspecta earum natura. Ratione habita personarum tribuuntur in publicas (sub quibus communes, res universitatis, et nullius continentur, ut statim ostendemus), et privatas (1). Si autem rerum natura inspiciatur, quaedam corporales sunt, quaedam incorporales (2). Singulas seorsim explicemus.

(1) *D. l. 1. in fin. princ. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. 1.* §. *1. ff. hoc tit.*

SECTIO I.

De rebus divini juris.

SUMMARIA.

Res sacrae dicuntur, quae rite, et solemniter divino cultui dedicatae sunt veluti templa, et vasa sacra. §. 6.

Res sacrae extra commercium reputantur: alienari tamen possunt ex caussa pietatis. §. 7.

Res mobiles ad Dei cultum destinatas, tum etiam immobiles, necessitate impellente distrahi, concessit Justinianus. §. 8.

Bona ecclesiastica inter sacras res proprie non referuntur: earum tamen alienatio prohibetur; nisi justa adsit caussa. §. 9.

Vendito loco profano, cui annexa sit res sacra, vel religiosa, hujus etiam dominium, seu usus transfertur. §. 10.

Jus patronatus donari potest, non vendi accepto pretio: sed sub universitate bonorum recte ceditur, atque in alium transfertur. Idem est de juribus sepulcrorum, sedilium, et sacellorum, quae patronatui annexa sint. §. 11.

Religiosus est locus, quo humanum cadaver, aut praecipua ejus pars tumulata

est. Res fieri nequit sacra ex sola voluntate privatorum ; poterat vetere Romanorum jure fieri religiosa. §. 12., *et* 13. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

Penes Romanos vetitum erat, ne cadavera in urbe sepelirentur. Cur christianis mos sit, in Ecclesiis, vel coemeteriis sepelire? §. 14.

Sepulcra Romani tribuebant in familiaria, et haereditaria: Utraque explicantur. §. 15.

Liberi, cujuscumque gradus, vel sexus, jus sepulturae habent in sepulcris familiaribus; non caeteri, quamvis proximi consanguinei sint: nisi haeredes fuerint instituti. §. 16.

Jus sepulcri competit haeredibus cujuscumque generis in sepulcris familiaribus, et haereditariis, quod concedere possunt extraneis, quamvis ipsi in minima parte haeredes sint. §. 17.

Loca religiosa extra humanum commercium reputantur, adeoque servituti subjici nequeunt, nec usucapi, aut alienari. §. 18.

Locus religiosus quo sensu alterius dominio subjectus dici possit; atque etiam in alium transferri? §. 19.

Inter christianos mos est, ut cadavera defunctorum in Ecclesiis sepeliantur, vel in coemeteriis. Qua in Ecclesia tumulari debeant? §. 20.

Licet cuique Ecclesiam seligere, qua humari debeat. Quibus solemnitatibus fieri debeat sepulturae electio? §. 21.

Praecipuum tacite electae sepulturae argumentum desumitur ex facto majorum, qui locum designaverint pro se, et descendentibus; atque voluntatem hanc expresse manifestaverint. §. 22.

Familiaris, et haereditarii monumenti jure gaudet filius, qui in aliqua bonorum parte institutus sit, vel etiam legatum dumtaxat a patre meruerit. §. 23.

Filii illegitimi ab hoc jure excluduntur. Legitimi non habent sepulcrum matris, aut maternorum ascendentium, nisi deficientibus omnibus agnatis. §. 24.

Jura sepulcrorum haereditariorum hodie non transeunt ad haeredes extraneos, quamvis isti a foemina descendant: nec ad haeredem fideicommissarium. §. 25.

Mulier nupta pro arbitrio sibi eligit sepulturam; sed in viri monumentum inferenda est, quae aliud specialiter non elegit. §. 26.

Haeres a testatore cogi potest, ut in ipsius sepulcro tumuletur; alioquin repellendus a successione. §. 27.

Sanctas res appellabant Romani, quae sanctione, et poena legis munitae sunt: veluti muri, ~~portae civitatis, atque legati.~~ ~~§. 28.~~

Res sanctae extra commercium non sunt, nisi quamdiu tales permanent. §. 29.

§. 6.

Inter res divini juris praecipuum locum tenent sacrae, videlicet quae rite, et solemniter per legitimos ministros Deo, seu ejus cultui consecratae sunt: veluti aedes sacrae, et res mobiles, quae ad divini cultus nitorem pertinent (1).

(1) §. *Sacrae res* 8. *instit. hoc tit.*

§. 7.

Res sacrae penes Romanos hominum commercio exemptae habebantur, adeoque pretio nequaquam aestimandae (1); ex quo sponte sequebatur, eas nec vendi, nec alienari ullo modo posse. Deinde tamen Justinianus concessit, ut res sacras vendere liceret, vel oppignorare in quibusdam casibus: veluti ad redimendos captivos; ut miserabilium personarum necessitatibus subveniatur; rationem adjiciens, animas hominum quibuscumque vasis, vel vestimentis pretiosiores esse (2). Sane nemini dubium est, quin res sacra eodem momento, quo distrahitur, sacra esse desinat; alioquin enim nec alienari posset (3).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8. (1) *Res sacra non recipit aestimationem. L. Sacra loca* 9. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Sancimus nemini* 21. *cod. de sacr. Eccles.* (1. 2.)
(3) *L. Sed Celsus* 6. *ff. de contrah. empt.* (18. 1.)

§. 8.

Amplius progressus est Justinianus, mobilium rerum, quae ad Dei cultum destinatae sunt, alienationem permittens ad solvendum aes alienum, si tamen Ecclesia superflua vasa habeat, et debita aliunde solvere nequeat (1). Demum res etiam immobiles aeris alieni caussa distrahi concessit, dummodo alienatio necessaria sit, atque de hac necessitate constet (2).

(1) *Auth. Praeterea, post l.* 21. *cod. de sacr. Eccl.*
(2) *Auth. Hoc jus porrectum, post l.* 14. *cod. eod tit.*

§. 9.

Quod pertinet ad bona, quae vulgo ecclesiastica appellari solent, quamquam proprie loquendo sacra non sunt, utpote non divino cultui immediate destinata, sed alendis ministris Ecclesiae, et pauperibus, eorum tamen alienationem, venditionem, donationem, et hypothecam interdixit idem Imperator: nisi necessitas, vel utilitas aliud suadeat (1).

(1) *Novell.* 7. *cap.* 1. *Consule, quae de rerum sive mobilium, sive immobilinm ad Ecclesias, vel pia loca spectantium alienatione dicemus infra* §. 311., *et seq.*

§. 10.

Quae supra (§. 7.) tradidimus de prohibita alienatione rerum sacrarum, quia extra humanum commercium reputantur, ita intelligi debent, si res sacrae per se veneant; nihil enim obstat, quominus tamquam rei profanae accessiones, ita dixerim, distrahantur, seu potius cum re profana vendita transeant: non ita quidem, ut proprietas earum habeatur; sed ut usus, qui prius venditoris fuerat, fiat emptoris (1). Haec autem religiosis quoque locis conveniunt (2).

(1) *L. Hanc legem* 22. *cum* 2. *seqq. ff. de contrah. empt.* (18. 1.)
(2) *D. L.* 22. *ff. de contrah. empt.*

§. 11.

Hinc merito traditur, jus patronatus simplici quidem, et gratuita donatione transferri in alium posse (1): non autem accepto pretio (2); quia res est spirituali annexa, quae in commercium non cadit. Sed hoc non impedit, quominus cum universitate jurium cedi medio pretio citra simoniae labem possit, atque sub universitate bonorum comprehensum intelligatur (3), ut et sub fideicommisso universali (4); in his enim speciebus accessionis vice fungens jus patronatus nullo pretio aestimatur. Atque eadem ratio est sepulcrorum, sedilium, ac sacellorum, quae juri patronatus annexa sint; haec enim quoque transeunt cum universitate bonorum, et ad familiae agnatos pertinent (5).

(1) *Cap. Ex insinuatione* 14. *extra D. G. de jure patron.* (3. 38.)
(2) *Cap. De jure* 16. *extra D. G. eod. tit.*
(3) *Fab. cod. famil. erciscund.*, *l.* 3. *tit.* 25. *definit.* 10.
(4) *Cap. Ex litteris* 7. *extra D. G. de jure patron.* (3. 38.)
(5) *L. Quaedam* 62. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.) *Jus autem habendi sedem in Ecclesia, vel praeeminentiam sedis recte alienatur; quia nec res spiritualis est, nec spirituali annexa, nisi remote. Atque idcirco quaestionem hanc ad judicem laicum pertinere tradunt pragmatici, cum de possessione contenditur.*

§. 12.

Religiosus locus a Romanis dicitur, in quem humanum cadaver illatum est (1), vel saltem praecipua ejus pars, veluti caput (2). Sane religiosae res appellari etiam possunt sacrae: imo et potiori ratione; magis enim ad religionem spectant res sacrae, utpote ad Dei cultum destinatae, quam loca religiosa humandis corporibus constituta.

(1) §. *Religiosum* 9. *instit. hoc tit.*
(2) *L. Cum in diversis* 44. *ff. de relig., et sumpt. funer.* (11. 7.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

§. 13.

Hoc interest praecipuum discrimen religiosas inter, et sacras res, quod hae privata voluntate fieri nequeunt; sed publica sacrorum administrorum auctoritas omnino necessaria est (1): loca vero religiosa, si antiquum Romanorum jus spectemus, privata voluntate quisque faciebat, mortuum illuc inferendo, dummodo plenum, et indivisum ejusdem loci dominium haberet (2).

(1) §. *Sacrae res* 8. *instit. hoc tit.*
(2) *D.* §. *Religiosum* 9. *inst. hoc tit.*

§. 14.

Haec obiter attigisse sufficiat; neque enim inter christianos adhuc servatur, ut defunctorum cadavera in locum profanum inferantur: sed sepeliuntur in Ecclesiis, vel coemeteriis ecclesiastica auctoritate ad hoc specialiter dicatis (1), ut precibus fidelium, qui ad religionis officia in Ecclesias conveniunt, facilius, et copiosius defunctorum animae juventur: atque loca haec plerumque in urbibus, vel pagis constituta sunt; etiamsi apud Romanos vetitum fuisset, ne cadavera in urbibus tumularentur (2), ne ob foetorem aer urbium corrumperetur: vel si cadavera cremarentur, quemadmodum aliquando fiebat, ne incendiis daretur occasio. Quaedam tamen de sepulturis animadvertenda sunt, quae adhuc, inspectis etiam hodiernis moribus, prodesse possunt.

(1) *Cap. Fraternitatem* 5. *extra D. G. de sepulturis* (3. 28.).
(2) *L. Praetor ait* 3. §. *Divus Hadrianus* 5. *ff. de sepulcr. violat.* (47. 12.), *l. Mortuorum reliquias* 12. *cod. de relig., et sumpt. funer.* (3. 44.)

§. 15.

Duplex sepulcrorum genus Romani distinguebant: quaedam familiaria, quaedam haereditaria appellabant. Familiaria sunt, quae paterfamilias sibi, et familiae constituit: haereditaria, quae sibi, et suis haeredibus (1); vel quae paterfamilias haereditario jure acquisivit (2).

(1) *L. Familiaria* 5. *ff. de relig., sumpt. funer.* (11. 7.)
(2) *L. Vel quod* 6. *ff. eod. tit.*

§. 16.

De sepulcris familiaribus constitutum fuit, ut descendentes omnes cujuscumque sexus, et gradus, sive adhuc in potestate constituti, sive emancipati sint, sive haereditatem adierint, sive eandem repudiaverint: immo, quamvis exhaeredati sint, nisi specialiter ex justa caussa testator prohibuerit: tum et posteri eorum jure gaudeant, non autem extranei (1): immo nec affines, aut proximiores consanguinei, nisi haeredes instituti proponantur (2).

(1) *D. L. Vel quod paterfamilias* 6. *ff. de relig., et sump. funer.* (11. 7.)
(2) *L. Jus familiarium* 8. *cod. eod. tit.* (3. 44.)

§. 17.

Latius patet ex Romanorum sanctionibus jus haeredum in hoc argumento; quippe his, cujuscumque sint generis, sive lege, sive praetoris beneficio haereditatem consequantur; sive filii sint, cognati, vel etiam extranei, in sepulcris tum familiaribus, tum haereditariis non tantum sepeliri, sed et mortuum inferre licebat (1), etiam extraneum, quamvis minima parte haeredes fuissent, et dissentirent cohaeredes (2).

(1) *L. Jus sepulcri* 13. *cod. de relig., et sumpt. funer.* (3. 44.)
(2) *L. Vel quod paterfamilias* 6. *ff. eod. tit.* (11. 7.)

§. 18.

Caeterum religiosa loca non secus, ac res sacrae, extra humanum commercium Romanis erant, et nullius dominio subjecta (1). Quo factum, ut servitutem pati non

Inst. l. 2 tit. 1. ff. l. 1. tit. 8. possent (2): nec usucapi (3): nec demum vendi, donari, aut hypotheca

(1) *L. Si sepulcrum* 4. *cod. de. relig., et sumpt. funer.* (3. 44.)

(2) *L. Servitutes* 14. §. *ult. ff. de servitut.* (8. 1.)

(3) *L. Longa possessione* 4. *ff. de mortuo infer.* (11. 8.)

(4) *L. Invito* 2., *l. Locum quidem* 9. *cod. de relig., et sumpt. fun*

§. 19.

Sed haec non impediunt, quominus, minus quidem proprie, locus re pertinere dicatur, qui jure sepulcri gaudet (1). Hinc traditur, jus sepul des transire (2). Praeterea, quamvis sepulcrum legari nequeat, legato potest facultas mortuum inferendi in eum locum (3). Quod si vendatur locus sacer, vel religiosus sit, potest venditor eum excipere (4), qui al torem jure accessionis transferretur (5).

(1) *Sed et illa interdicta, quae de locis sacris, et religiosis propo proprietatis caussam continent. L. Interdictorum* 2. §. *Quaedam inter interdict.* (43. 1.)

(2) *L. Jus sepulcri* 13. *cod de relig., et sumpt. funer. V. supra* §.

(3) *L. Monumenta* 14. *cod. de legat.* (6. 37.) *Thesaur. lib.* 3. *qua*

(4) *L. Hanc legem* 22. *ff. de contrahend. emp.* (18. 1.)

(5) *L. In modicis* 24. *ff. eod. tit.*

§. 20.

Haec jure Romano obtinebant. Sed, postquam apud christianos mos Ecclesiis, vel coemeteriis defuncti tumulentur, in aliquibus inde recessi aliis. In primis generalis regula traditur, unumquemque in Ecclesia par dum esse (1), idest in ea, in qua sacramenta percipiebat, dum adhi ret. Atque hic potius inspicitur domicilium, quam origo (2).

(1) *Cap. Fraternitatem* 3. *extra D. G. de sepulturis* (3. 28.)

(2) *Cap. Is, qui habens* 3. *eod. tit. in* 6. *decr.* (3. 12.)

§. 21.

Exceptio huic regulae admittitur, cum apparet, aliud defunctum vc eligens locum, quo sepeliri debeat. Duplex autem est sepulturae elect mirum, et tacita. Expressa verbis perspicuis fit: tacita indiciis, et argur Expressa ex communi sententia, quacumque solemni declaratione fier sine scriptura, nec numero testium: ut ex eo patet, quod non tant potestate viri constituta (1), sed et filiusfamilias sine consensu patris li eligere sepulturam (2). Atque apud nos scripturae, quibus hujusmodi tur, non indigent insinuatione (3).

(1) *Cap. De uxore* 7. *extra D. G. de sepulturis.*

(2) *Cap. Licet pater* 4. *extra eod. tit. in* 6. *decret.* (3. 12.).

(3) *Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 4. §. 7.

§. 22.

Tacitam sepulturae electionem indiciis, et argumentis colligi, dixi praecipue refertur factum majorum, qui pro se, et descendentibus loc sepulcri; unusquisque enim praesumitur velle ibi tumulari, ubi majorun cunt: si tamen praecesserit majorum declaratio, qua pro se, et desce hunc designasse manifestaverint (1). Solum ergo majorum factum non ptionem hanc, quae alia fortiore eliderctur, qua quis creditur, sepeliri sia, in qua sacramenta vivens percipiebat. Quod si ascendentes, qui gnaverant pro se, et descendentibus, numquam ibi depositi fuerint, praesumptio deficere videtur.

(1) *Cap.* 1., *cap. Fraternitatem* 3. *extra D. G. de sepulturis* (3.

§. 23.

Filios haeredes institutos familiaris, et haereditarii sepulcri jure in solidum gaudere, apud omnes constat. Si autem fingatur filius, qui legatum dumtaxat a patre meruerit, vel in parte aliqua bonorum institutus sit, qui idcirco legatario comparatur (1), quamvis, stricto jure inspecto, repellendus videatur, humanitatis tamen caussa, placuit Sabaudo Senatui eum admittere; quia magis respiciendum sit ad filii, quam ad legatarii jus, et nomen (2). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(1) *L. Quoties* 9. §. *Haeredes* 12. *ff. de haeredib. instituend.* (28. 5.)

(1) *Fab. cod. famil. erciscund. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 10.

§. 24.

Haec quidem filiis legitimis conveninnt, non autem spuriis ex communi sententia; quippequi ab omni privilegio agnationis, et cognationis in hac parte exclusi sunt (1). Quod si quaeratur, utrum filii legitimi sepulturam matris, et avorum maternalium retineant, distinguendum est, an supersint agnati, necne: retinent in postrema hac specie, non in prima (2); familiarium enim jura potius ad agnatos transeunt, quam ad mulieres, quae propriae familiae finis sunt, et alterius initium (3).

(1) *Thes. quaest. foren. lib.* 1. *quaest.* 11. *num.* 4.

(2) *Thes. ibid. num.* 5.

(3) *L. Pronuntiatio* 195. §. *ult. ff. de verb. significat.*

§. 25.

De haeredibus eadem omnino regula amplius non servatur, quam Romanae leges constituerant (1); siquidem, praeeuntibus canonicis legibus (2) receptum in foro est, ut jura sepulcrorum etiam haereditariorum non transeant ad haeredes extraneos, quamvis hi ex foeminis descendant (3). Sane adhuc consentiunt omnes, ad haeredem fideicommissarium non transire jus sepulcri, sed apud haeredem fiduciarium manere (4).

(1) *De qua diximus in* §. 17.

(2) *Cap.* 1. *extra D. G. de sepultur.* (3. 28.)

(3) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 11. *num.* 3. ✠

(4) *L. Quia perinde* 42. §. 1. *ff. ad Sen. Consul. Trebell.* (36. 1.), *Thes. d. quaest.* 11. *num.* 5.

§. 26.

De muliere nupta, quae duplex habeat jus familiaris sepulcri, alterum paternum, alterum mariti, dubitari potest, quo in loco sepeliri debeat. Nemini dubium est, ut supra tradidimus (§. 21.), quin libere sibi eligat sepulturam. Sed quaestio instituitur, cum nulla praecessit electio. Probabilius defenditur, in sepulcro mariti tumulandam esse; quamvis enim mulier nupta simul esse dicatur in familia patris, atque in familia mariti (1); praevalet tamen familia mariti; cujus honoribus gaudet, domicilium, et forum tenet (§. 908. 1.). Atque hoc satis eruitur ex Bonifacii VIII. sanctione, qui mulierem binubam, quae sepulturam non elegerit, cum ultimo viro tumulandam esse decernit (2).

(1) *L. Pronuntiatio* 195. §. *ult. ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

(2) *Mulier autem, quae plures viros habuit successive, est cum viro ultimo, cujus domicilium retinet, et honorem, tumulanda. Cap. Is, qui habens* 3. §. 1. *extra de sepultur. in* 6. *Decr.* (5. 12.)

§. 27.

Unum in hoc argumento animadvertendum superest haeredem a testatore cogi posse, ut ipsius testatoris sepulturam eligat; futurum alioquin, ut ab haereditate repellatur, si conditionem hanc non adimpleverit (1); conditiones enim omnes, quae nec bonis moribus repugnant, nec legibus improbantur, adamussim servari debent (2).

(1) *Thes. dec.* 270. *num.* 4.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(2) *L.* 1., *l. Si haeredi* 5., *et passim ff. de condition. instit.* (28. 7.)

§. 28.

Sanctae res in jure appellantur, quae sanctione, et poena legis muuitae sunt; sanctio enim dicitur ea legis pars, ait Justinianus, qua constituitur poena adversus eos, qui contra legem deliquerint. Atque in hunc censum referuntur muri, et portae civitatis (1): item legati caeterarum nationum, quos tanto honore prosequebantur Romani, ut non modo nefas putarent eos quacumque ratione, eorumve dignitatem violare; sed etiam liberos dimitterent ad suos, quamvis bellum exarsisset Romanos inter, et populum, cujus legatione fungebantur. Quod si aliquis legatos pulsasset; hunc populo debebant, a quo missi fuerant; quamvis hostis Romanorum esset (2).

(1) §. *Sanctae* 10. *instit. hoc tit.*

(2) *L. ult. ff. de legationib.* (50. 7.)

§. 29.

Hujusmodi autem res non simpliciter, sed quodammodo divini juris appellantur (1); quia, etiamsi ad Dei cultum nullatenus pertineant, aeque tamen ac sacras, et religiosas ab hominum commercio exemptas esse, Romanis placuit (2): quod quidem intelligi debet, quamdiu in eodem statu permanent.

(1) *D.* §. *Sanctae* 10. *instit. hoc tit.*, *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) §. *Nullius* 7. *instit. hoc tit.*

SECTIO II.

De rebus humani juris.

SUMMARIUM.

Res humani juris tribuuntur in publicas, et privatas. Publicae in communes, publicas in specie, et res universitatis. §. 30.

§. 30.

Res humani juris a Gajo dividuntur in publicas, et privatas (1). Publicae iterum tribui debent in communes, publicas in specie, atque eas, quae dicuntur universitatis. Perspicuitatis caussa separatim agemus de rebus publicis, deinde de privatis.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit; videlicet ratione habita personarum, quarum dominio subjiciuntur: nam inspecta earum natura in corporales, et incorporales tribui diximus.* §. 5.

ARTICULUS I.

De rebus publicis.

SUMMARIA.

Communium rerum usus omnibus competit, nemini proprietas. Enumerantur diversae rerum communium species. §. 31.

Mare, et litus maris ad Principes hodie pertinent; quare possunt vectigalia exigere ab illis, qui merces vehunt per mare, suae terrae adjacens, intra centesimum milliare. §. 32., *et* 33.

Celsi tempore jam quaedam litora erant populi Romani dominio subjecta; et vectigalia pendebantur. §. 34.

In litore maris licet cuicumque privato aedificare; dummodo publicus maris usus,

vel litoris non impediatur. Hodiernis moribus facultas a Principe obtinenda est, antequam in litore aedificetur, sicut Romano jure venia praetoris necessaria erat. §. 35.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

Publicae res in specie sunt, quarum proprietas est penes populum, usus apud eos, ex quibus constat populus. Inter res publicas referuntur flumina, et portus. §. 36.

Ex Friderici constitutione flumina navigabilia, et ex quibus navigabilia fiunt, portus, et similia ad Principem spectant. §. 37.

In fluminibus quatuor distinctae res considerari possunt. 1. *Flumen ipsum, seu aqua fluens:* 2. *Ripae:* 3. *Portus, et pontes:* 4. *Alveus.* §. 38.

Flumen est collectio aquae intra certos terminos, seu ripas consistens. §. 39.

Flumina perennia sunt, vel non perennia, quae torrentia nominantur: alia publica sunt, alia privata: quaedam navigabilia, quaedam non navigabilia. §. 40.

Jure Romano vetitum erat, ne in flumine publico quid fieret, quo statio, iterve navigio deterius sit, vel quo aqua aliter fluat, quam priore aestate. §. 41.

Enumerantur modi, quibus fieri potest, ut statio, sive locus, in quo naves tuto stent, et navigatio deterior sit: tum quibus aqua aliter fluat, quam prius §. 42.

Interdictum, quo statio, vel iter navigio deterius fieri nequit, tantum pertinet ad flumina navigabilia: alterum etiam ad non navigabilia. Cur aestatis potius ratio habeatur? Quid si aestatis tempore interdicto locus fiat? §. 43.

Locus non est postremo interdicto, cum accolarum nihil interest, quod aqua aliter fluat: vel cum maximi interest facientis, (quae tamen a praetore aestimanda sunt); vel cum faciens jus habet. §. 44.

Illis tantum licet in flumine aedificare, qui prope illam fluminis partem praedia possident: dummodo nec caeteris, nec usui publico noceatur; atque ideo vicinis caveant de damno infecto. §. 45.

Quod in flumine, vel prope flumen aedificatur, illis cedit, qui prope ripam agros possident, quorum est ripa, alveus a flumine derelictus, et insula in flumine nata. §. 46.

Quae de jure fluminum hodiernis moribus obtinent, non a Romanis legibus, sed ex singularibus cujusque populi, et recepta consuetudine pendent. §. 47.

Non licet aquam a flumine, potissimum navigabili, derivare; nec molendina, aliave aedificia in fluminibus struere, quo aliter aqua fluat, nisi prius obtenta facultas a Principe, vel justus titulus praesto sit. §. 48.

Aquam e fluminibus non navigabilibus jure Romano ducere licebat, dummodo non esset in usu publico, nec Princeps speciatim prohibuisset: ex fontibus autem publicis nonnisi impetrata a Principe venia, quae ut plurimum concedebatur. §. 49.

Inspectis hodiernis moribus non licet e quovis flumine publico, vel torrente aquam ducere sine licentia Principis, vel legitimo titulo. §. 50.

Nec licet aggeres struere etiam pro tuendo proprio praedio, si inde mutetur cursus fluminis in damnum vicinorum. §. 51.

Molendina aedificari nequeunt in flumine, nec eorum molae circumduci per aquas publicas, non habita a Principe facultate. Quid si Princeps duobus idem jus construendi molendini concesserit? §. 52.

Concessa a Principe potestas hauriendae aquae ex flumine, cum alter eodem jure utitur, tantum proficit, quatenus aqua superabundat. Possidens aggerem in flumine alterum prohibere potest, nisi aqua utrique sufficiat. Cui in hac specie onus probandi incumbat? §. 53.

Cum Princeps jus aquae a flumine hauriendae duobus simul impertitus est, uter-

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

que Principis beneficio fruitur, si aqua utrique sufficiat: alioquin vincit praeocc. Si diverso tempore facultas haec concessa fuerit, posterior priori non nocet. §. 54.

Vassallus de fluminibus investitus, postquam uni concessit, ut aquam e flumine ducat, vel in eo molendina aedificet, inferiori idem jus concedere potest, nisi expresse, vel tacite priori concessione se adstrinxerit, ne alteri idem jus largiretur. §. 55.

In fonte privato potest dominus pro arbitrio molendina construere, quin a domino feudi, propria molendina habente, ad quae subditi etiam per tempus immemorabile accesserint, prohiberi possit. §. 56.

Onus probandi vassallo incumbit, qui prohibuisse affirmat, et subditos prohibitioni acquievisse. §. 57.

Vassallus molendinorum constructionem privatis interdicere potest, cum jus hoc speciatim, et indubie a Principe habet: vel etiam, quando praeter investituram cum molendinis concurrit spatium 60. annorum, et usus continuus. §. 58.

Non licet ad aemulationem nova molendina construere, sicut nec pro ornanda civitate ad aemulationem aedificare permittebant Romani: sed aemulatio non praesumitur in eo, qui sibi prodest, quamvis alteri noceat, ob minorem frequentiam molentium. §. 59.

Potest etiam vassallus molendinorum constructionem prohibere, cum jus hoc sibi comparavit ex contractu cum universitate; vel ita fert regionis consuetudo, vel prius molendinum publicum est, et ad publicam, vel Principis utilitatem pertinet. §. 60.

Si vassallus cum subditis convenerit, ut sibi liceat publica molendina habere, jure prohibendi gaudet. §. 61.

Princeps potest cuilibet permittere, ut opus quodcumque faciat in flumine, quo aliter aqua fluat, vel iter navigio deterius fiat. §. 62.

Idem jus acquiri potest praescriptione, vel praeoccupatione. §. 63.

Sexaginta annorum spatium sufficit, ut vassalli de molendinis investiti jus prohibendi acquirant, ne a subditis alia aedificentur. §. 64.

Si tantum de possessione contendatur, ex decennali oritur praesumptio tituli, seu titulus coloratus, qui sufficit ad obtinendum interdictum retinendae possessionis. §. 65.

Sicut praescriptione hoc jus acquiritur, ita non usu amittitur, dummodo praeter non usum alterius prohibitio, et non utentis patientia accesserit. Quid si bis, aut semel facultas petita fuerit? §. 66.

Praeoccupatione jus acquirit, qui primo opus coepit, puta locum designando, lapides, calcem, aut arenam deferendo ad construendum molendinum: maxime si judicialiter protestatus sit, se voluisse in loco designato jus acquirere ad exclusionem alterius. §. 67.

Fossarum excavatio, vel unius pali infixio sufficere videntur ad inducendam praeoccupationem: quam tamen non praestat navis ad aquae transitum. §. 68.

Praeoccupatio, quae animo, et corpore fiat, extenditur ad ea omnia, quae naturali vinculo connectuntur. Consectaria hujus prohibitionis. §. 69.

Praeoccupanti non competit jus variandi opus in flumine factum, si praeoccupatio simplex sit, atque possessione recenti innitatur: competit, cum praeoccupans pro se habet praescriptionem, quae hominum memoriam excedat. §. 70., et 71.

Praeoccupationis jus non amittitur ex non usu, vel alveo destructo per impetum fluminis, si adhuc supersint vestigia operis: neque etiam ex eo, quod coeptum opus per aliquod tempus intermittatur. §. 72.

Jamdiu apud nos constitutum est, ut ille, qui aqua indiget, possit cogere vicinum, ut aquae transitum in suis fundis concedat, quibusdam tamen adjectis con-

ditionibus. Neque licet aquas divertere in damnum inferiorum. §. 73.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

Ripa est id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. §. 74.

Flumen, quod imbribus, mari, vel qua alia caussa ad tempus excrescit, vel decrescit, ripas non mutat. §. 75.

Riparum communis quidem usus est; sed proprietas ad eos pertinet, qui prope illas praedia possident. §. 76.

Cur riparum proprietas juris privati sit, et publici usus; litus autem maris, aeque ac mare ipsum commune sit? §. 77.

Possessoribus bonorum, prope ripas, licet, easdem munire ad propriam defensionem, et fluminis impetum coercendum, non autem propulsandum. Si grave immineat damnum, potest flumen paullulum diverti, praestita cautione de damno infecto. §. 78.

Dominus torrentis, vel rivi potest ripas munire, ne aquae divertantur; quamvis ex hoc munimine lucrum vicino auferatur. §. 79.

Regio jure vetitum est, ne caedantur, vel comburantur arbores, quae in ripis fluminum, vel torrentium sunt; atque in locum deficientium aliae subrogari debent §. 80.

Bonorum possessores possunt, imo aliquando tenentur, ripas ad propriam defensionem sustinere. §. 81.

Privatis non licet, etiamsi ex utraque fluminis parte praedia ad ripas possideant, pontem facere, nec super flumine, nec in via publica. §. 82.

In fluminibus publicis nequeunt portus haberi, nisi accedat Principis concessio. §. 83.

Impensis universitatum aedificari, et refici debent pontes, ubi portus, vel naves haberi non possunt. §. 84.

Jure Romano publicarum viarum refectio ad eas universitates pertinet, in quarum territorio positae sunt. § 85.

Vassallis, quibus vectigal solvitur pro trajectione pontium, etiam debetur augmentum pecuniae. §. 86.

Alveus pars fluminis est, et ejusdem juris esse censetur; atque ad eos pertinet, qui praedia prope ripas possident. §. 87.

Via generatim inter publicas res connumeratur: dividitur tamen in publicam, privatam, et vicinalem. §. 88.

Vicinalis via dupliciter distingui solet; itaut publica, vel privata dicatur. §. 89.

Discrimen inter vias publicas, et vicinales intercedens ostenditur. §. 90.

Privata via, vel uni tantum inservit, vel omnibus ipsius usus patet. §. 91.

Hodiernis moribus triplex statuitur viarum species, quarum aliae regales, aliae publicae, sed non regales, aliae demum privatae dicuntur. §. 92.

Regalis de civitate in civitatem, vel ad flumen publicum, aut mare ducit; et omnibus per eam commeare, imo vehicula ducere licet. §. 93.

Publica duplex est; vel enim ducit de loco ad locum, et successive ad alia loca, ad quae regalis praebet accessum: haec autem proprie privata non est, sed privata dicitur, ut a regali secernatur. §. 94.

Altera est, quae ad usum, et accessum ad colonias inservit, et communicationem di vico in vicum praebet. §. 95.

Posterior haec via publica dici potest, si pateat omnibus in viam publicam profecturis. §. 96.

Privata duplicis etiam generis est: prior proprie via non est, sed semita, quae pro breviori transitu ab itinerantibus fieri solet. §. 97.

Secunda inservit tantum commodo praedia vicina possidentium. §. 98.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

Privata habetur utruque haec viae species, nisi publica demonstretur. §. 99.
Ad viam publicam constituendam necessaria requisita indicantur. §. 100., *et* 101.
Sufficit, ut ad duos, vel tres pedes via publica extendatur. §. 102.

In dubio, an publica via sit, an privata, confugiendum est ad signa, et conjecturas. Onus probandi competit asserenti esse privatam, cum de publico usu constat: nisi praedia, per quae transitus petitur, pleno dominii jure ad privatos pertineant. §. 103., *et* 104.

Via publica proprie constituitur ex soli natura ad publicum iter legitima auctoritate destinati. Antiquus, et publicus viae usus prodest, ut via publica demonstretur. §. 105.

Via publica non probatur ex eo, quod inservierit pro delatione Eucharistiae infirmis, pro solita benedictione tempore paschali, et similibus: juri familiaritatis, vel precario haec tribuuntur. §. 106.

Ex delatione cadaverum ad sepulturam publica via non praesumitur, nisi consuetudo haec per longum tempus inducta, et retenta demonstretur. §. 107.

Testes, qui deponant viam publicam esse, et pro publica reputari, non probant, nisi unanimes sint, et testimonii rationem reddant. §. 108.

Viae latitudo conjecturam quidem praebet, sed remotam, et genericam. Idem est de sepe, qua cingatur via. §. 109., *et* 110.

Praesumitur privata via, ad cujus utrumque caput cancelli appositi sunt, quibus aditus iter facientibus praecludatur: etiamsi cancelli a transeuntibus attriti fuerint; vel iis extantibus adhuc iter habitum sit. 111., *et* 112.

Paries super via a fundi domino extructus demonstrat, viam privatam esse. Idem praestat area ad messem triturandam, quae viam intersecet. §. 113., *et* 114.

Via arboribus consita publica non praesumitur. §. 115.

Privata via habetur, quae destinata est ad usum, et commoditatem domini praediorum: maxime si caeteris necessaria non sit. §. 116.

Inter privatae viae signa recenseri possunt terminus divisorius praediorum, venditio juris transitus per eandem. In dubio judicis est definire, publica ne, an privata via sit. §. 117.

Jure Romano in urbibus, vel castris quisque tenebatur vias publicas construere secundum proprium domum, ita ut vehiculum per eas duci posset. §. 118.

Refectio publicarum viarum in urbibus, pagis, vel vicis penes Romanos eorum oneri erat, qui domos prope eas habebant; nisi alter viam corrupisset. Cuilibet licebat publicas vias reficere. §. 119.

Nefas est privatis, viam publicam immutare. Quibus modis mutatio haec contingat? §. 120.

Deterior fit via, cum iter impeditur, vel minus commodum fit. Non licet aliquid in viam publicam projicere, nec propositum ante officinas habere: licet tamen januas super illis aperire. §. 121.

Transitio ad res, et jura universitatum. §. 122.

§. 31.

Communes res sunt, quarum proprietatem nemo habet, usus autem omnibus competit (1). In his numerantur aer, aqua profluens, mare, atque per hoc litus maris: quo fit, ut nemo ad litus maris accedere prohibeatur, dummodo abstineat ab aedificiis ibi constitutis (2). His addi possunt volucres, animalia fera cujuscumque generis, et pisces. Quamquam discrimen aliquod agnoscendum videtur inter postremam hanc rerum speciem, et priorem, quod illae vix in alterius dominium transeant; istarum vero per occupationem facile acquiratur.

(1) §. 1., *et* §. *Litorum* 5. *instit. hoc tit.*
(2) *D.* §. 1. *instit. hoc tit.*, *l. Nemo* 4., *l. In tantum* 6. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

§. 32.

Quae de mari, et litore diximus, veritati consona videri possunt, si strictum jus inspiciatur. Caeterum publica ita suadente utilitate Principes, qui magnis sumptibus id agunt, ut libera, et tuta a piratis navigatio sit, ejus dominium habere dicuntur in sumptuum repensationem.

§. 33.

Hinc ex recepta ubicumque terrarum opinione Princeps, qui habet dominium, et jurisdictionem in terra, dominium quoque habere existimatur in mari, quod terrae adjacet, usque ad centum milliaria, ut passim traditur. Quare juste potest exigere vectigalia ab illis, qui merces vehunt per mare suae terrae adjacens, saltem intra centesimum milliare (1).

(1) *Osasc. dec.* 155 *per tot.* ✠

§. 34.

Neque jurisprudentia haec a Romano jure omnino abhorret; eo quippe jam obtinebat, tempore Celsi, ut litora quaedam Romani populi dominio subjecta viderentur (1), occupationis vi (2). Praeterea, jus quoddam in mari sibi adscivisse Imperatores, apertissime constat ex rescripto Diocletiani, et Maximiani, in quo mentio fit mercium a fisco in mari occupatarum, quia prohibitae erant (3).

(1) *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror. L. Litora* 3. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.)
(2) *L. Quod enim* 3. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)
(3) *L. Cum proponas* 3. *cod. de nautico foenore.* (4. 33.).

§. 35.

Diximus (§. 31.), a litore maris neminem prohiberi, dummodo abstineat ab aedificiis ibi positis; privato enim cuicumque licet, partem litoris occupatione acquirere (1); ita tamen ne publicus maris usus, vel litoris impediatur (2); publicum enim non censetur id, quo usus publicus non intercluditur. Caeterum, inspectis hodiernis moribus, nemo dubitat, quin facultas a Principe impetranda sit, priusquam in litore maris aedificia construantur: potissimum quia ipsae Romanae leges jamdiu constituerunt, ne aliquis in litore aedificet, nisi prius obtenta venia praetoris, ad quem pertinet definire, utrum haec sine publico, vel privato dispendio fieri possint (3).

(1) *L. Quod in litore* 14. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)
(2) *D. L.* 14., *l. Praetor ait* 2. §. *Adversus eum* 8., *l. Litora* 3. §. 4., *et l.* 4. *ff. ne quid in loco publ.* (43. 8.)
(3) *L. Quamvis* 50. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)

§. 36.

Publicas in specie dicimus res, quarum proprietas est penes populum, usus autem apud eos, ex quibus populus constat. Publicis rebus accenset Justinianus flumina, et portus (1): ex quo sponte sequitur, quod subdit idem Imperator, jus piscandi omnibus in portu, et fluminibus commune esse (2): et quod tradit jureconsultus, nihil obesse, quominus ex publico flumine, quod nec navigabile sit, nec ex quo aliud navigabile fiat, ducatur aqua: nisi tamen legitima auctoritate prohibeatur, vel aqua in usu publico sit (3).

(1) §. *Flumina* 2. *instit. hoc tit.*
(2) *D.* §. 2. *instit. hoc tit.*
(3) *Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit, nisi Imperator, aut Senatus vetet; si modo ea aqua in usu publico non erit. Sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere. L. Quominus* 2. *ff. de fluminib.* (43. 12.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

§. 37.

Haec quidem Romano prisco jure obtinebant. Sed, postquam Fridericus decrevit, ut flumina navigabilia, et ex quibus navigabilia fiunt, portus, viae publicae, et similia ad Imperatorem pertineant (1), omnia haec in Principis dominio censeri, ubique receptum est (2), non tantum quoad proprietatem, sed etiam quoad usum; qui tamen potest jus hoc in vassallos, quos maluerit, transferre (3).

(1) *Lib. 2. feudor. tit. 56. quae sint regaliae.*

(2) *Reg. Const. lib. 6 tit. 7. §. 1. Lex autem haec vetus jus declarat, non novum inducit, ut constat ex ejusdem verbis:* Dichiariamo tutti i torrenti, e fiumi de' nostri Stati essere regali, e per conseguenza del nostro Demanio.

(3) *Quod si flumen inter duo dominia decurrat, commune praesumitur, nisi alter forte sit in possessione totius fluminis. Argum. §. Si Titius 31. in fin. institut. hoc tit.*

§. 38.

Sed ut plene innotescant, quae de fluminibus, hodierno praesertim jure inspecto, servantur, opportunum est in his quatuor distinctas res considerare: videlicet. 1. Flumen ipsum, seu aquam, quae certo spatio circumclusa fluit. 2. Ripas, quae aquam continent. 3. Portus, vel pontes, qui ad trajiciendum flumen necessarii sunt. 4. Alveum ipsius fluminis.

§. 39.

Flumen a fluendo dictum, quodque a rivis discernitur magnitudine, aut existimatione circumcolentium, ut tradit Ulpianus (1); non autem ab eo, quod perpetuo fluat, vel aliquando exsiccetur (2), nihil aliud est, quam collectio aquae intra certos terminos, seu ripas consistens.

(1) *L. 1. §. 1. ff. de fluminib.* (43. 12.)

(2) *D. L. 1. §. Item fluminum 2.*

§. 40.

Fluminum diversas species enumerat idem Ulpianus; quorum alia sunt perennia, alia torrentia; quaedam publica, quaedam privata. Perennia dicuntur, quae perpetuo fluunt: torrentia, quae hyeme tantum fluere solent: perenne tamen non desinit existimari flumen, quamvis praeter morem aliqua aestate exaruerit (1). Publica, ex probabili Cassii sententia putat Ulpianus, quae perpetuo fluunt (2). Et consequenter privata, quae plerumque aestate exsiccantur: atque haec eodem omnino jure censentur, ac quaecumque alia privata loca (3). His addi potest divisio fluminum in navigabilia, et non navigabilia; atque iterum ex his quaedam sunt, ex quibus aliud navigabile fit; alia, quae hunc usum non praestant.

(1) *D. L. 1. §. Item fluminum 2. ff. de fluminib.* (43. 12.)

(2) *D. L. 1. §. Fluminum 3.*

(3) *Hoc interdictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum; nihil enim differt a caeteris locis privatis flumen privatum. D. l. 1. §. 4. ff. de fluminib.*

§. 41.

Jure Romano vetitum erat, ne in flumine publico aliquid fieret, quo statio, iterve navigio deterius sit (1): vel quo aqua aliter fluat, quam priore aestate (2); quod si contra haec prohibitoria interdicta aliquid factum fuisset, praesto erat interdictum restitutorium, quo praetor res in pristinum statum restitui jubebat (3).

(1) *D. L. 1. princ. ff. de fluminib.*

(2) *L. unica princ. ff. ne quid in flumin. public.* (43. 13.)

(3) *D. L. 1. §. Deinde ait 19., et seqq. ff. de fluminib., d. l. unic. §. Deinde 11., et seqq. ff. ne quid in flum. public.*

§. 42.

Pluribus autem modis fieri potest, ut statio, idest locus, in quo naves tuto stare possint, et navigatio deterior sit: puta si derivetur aqua, vel dilatetur, quo navibus sustentandis minus apta sit; vel coerceatur angustioribus terminis, quo rapidius fluat (1). Aqua pluribus etiam modis cogi potest, ut aliter fluat; per alvei incilium, vel rivorum mutationem; per derivationem quoque; molarum, seu molendinorum constructionem: et generatim per quodcumque opus, quo aqua parcior sit, arctior, depressior, rapidior, vel minus rapida fiat cum aliorum incommodo (2). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(1) *D. L.* 1. §. *Deterior* 15. *ff. de fluminib.* (43. 12.)

(2) *D. L. unic.* §. *Ait praetor* 3., *et seqq. ff. ne quid in flum. public.* (43. 13.)

§. 43.

Vix monendum est, prius interdictum (1), ne aliquid in publico flumine fiat, quo statio, vel iter navigio deterius sit, ad flumina navigabilia dumtaxat pertinere: posterius vero (2), quo interdixit praetor, ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat, quam prius fluxerat, etiam flumina non navigabilia comprehendere (3). Æstatis autem ratio habetur; quia eo tempore certior est naturalis fluminum cursus: atque aestas ab aequinoctio verno ad autumnale computatur (4). Si forte aestate interdicto locus fiat, proxima superior aestas inspicitur: quod si hyeme, non proxima post hyemem aestas inspicienda traditur, sed superior (5); quia haec tantum prior appellari potest.

(1) *De quo in l.* 1. *princ. ff. de flumin. V.* §. 41. *in princip.*

(2) *De quo in d. l. unic. princ. ff. ne quid in flumin. publ.* (43. 13.)

(3) *D. L. unic.* §. *Pertinet* 2.

(4) *D. L. unic.* §. *Is autem* 8.

(5) *D. L. unic.* §. 8.

§. 44.

Caeterum postremo huic interdicto locus non est, cum accolarum nihil interest, quod aqua aliter fluat (1); vel cum maximi interest facientis, puta ne agri sui depopulentur: quod tamen a praetore aestimandum dicitur, cujus est omnibus pensatis definire, utrum immutatio haec permitti debeat, necne (2); ut nec adversus eos competit, qui faciendi jus habent, quominus aqua aliter fluat (3).

(1) *D. l. unic.* §. *Sunt, qui putent* 6. *ff. ne quid in flumin. public.* (43. 13.)

(2) *D. l. unic.* §. *Sed etsi alia* 7. *ff. ne quid in flumin. public.*

(3) *D. l. unic.* §. *Hoc autem interdictum* 9.

§. 45.

Quibus autem liceat in flumine, vel in ejus ripa aedificare, et cujus sit opus inaedificatum, non una est omnium sententia, nec ita facile definiri potest, etiam ipso Romano jure spectato. Verum probabilius defenditur, iis tantum competere facultatem aedificandi, qui prope illam fluminis partem praedia possident, et consequenter ripas, itaut extructi operis domini fiant; dummodo neque vicinis inferioribus, aut superioribus, neque illis, qui ex altera ripae parte praedium habent, damnum afferant; atque ideo vicinis caveant de damno infecto (1): neque etiam usui publico noceant (§. 41., et seq.).

(1) *L. unic. ff. de ripa muniend.* (43. 15.), *d. l. unic.* §. 7. *ff. ne quid in flumin. publ.* (43. 13.)

§. 46.

Hinc consequens est, quod in flumine aedificatur, vel prope flumen, illis cedere, qui prope ripam praedia possident; sicuti enim tum ripa (1), tum alveus a flumine derelictus (2), tum insula in flumine nata eorum sunt, qui prope ripam praedia possident (3); ita etiam ad illos pertinere debet, quidquid aedificatur in ripa (4), vel in alveo, qui publicus tantum est, quatenus aqua in eo fluit, desinit autem fluere in loco, in

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

quo aedificium positum est aeque, ac in insula (5). Textus ergo, qui objici possunt (6), de agris limitatis intelligi debent, ut receptis juris regulis consentiant.

(1) §. *Riparum* 4. *instit. hoc. tit.*

(2) §. *Quod si naturali* 25. *instit. hoc tit.*

(3) §. *Insula* 22. *instit. hoc tit.*

(4) *L. Adeo quidem* 7. §. *Ex diverso* 12. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)

(5) *Argumentum ab insula in flumine nata ad aedificium Labeo admittit in l. penult.* §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.*

(6) *Veluti l. Fluminum* 24. *ff. de damn. infect.* (39. 2.)

§. 47.

Quae hactenus ex jure Romano de fluminibus generatim explicavimus, lucem quidem afferre possunt controversiis, quae inspectis hodiernis moribus institui contingit. Sed, cum flumina nnnc Principum sint (§. 37.), et regalibus accenseantur, consuli debent singulares cujusque ditionis leges, vel recepti mores, qui tamen plerumque parum inter se dissentiunt. Quae passim apud diversas gentes, et potissimum apud nos obtinent, breviter recensebimus juxta propositam divisionem (§. 38.), facta simul regularum, quae in praesentia observantur, cum Romanis legibus comparatione.

§. 48.

In primis nemo dubitat, quin et hodie prohibitum sit, opus in fluminibus navigabilibus, vel ripis struere, quo navigatio impediatur, vel deterior fiat. Atque hinc non licet aquam e flumine, potissimum navigabili, derivare, nec molendina in fluminibus ponere, aliave aedificia, nec aliud quodcumque opus, quo aliter aqua fluat, nisi praecesserit a Principe habita facultas, vel opus faciens legitimo titulo munitus sit (1): qui tamen prodesse nequit ad opus faciendum, quo iter navibus impedtatur, vel deterius evadat, fluminis exundatio, agrorumve corrosio secutura timeatur (2): ita suadente publica utilitate, quae privatae semper anteferenda est. Sed haec aliquanto fusius sunt explicanda.

(1) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 7. §. 2. *et* 4.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 5. *Quare ad supremam rationalium Curiam pertinet, modum statuere, quo haec opera fiant D.* §. 3.

§. 49.

Primum ergo prohiberi dicimus, quominus aqua e quocumque publico flumine derivetur. Jus quidem Romanum, uti jam animadvertimus, distinguit inter flumen navigabile, vel ex quo navigabile fiat, et caetera, quamvis publica sint, itaut non quidem ex illis, sed ex his duci possit aqua; dummodo non sit in usu publico, nisi Princeps speciatim prohibeat (§. 36.). Atque in hoc aliquod discrimen interesse videtur inter publica flumina non navigabilia, et rivos publicos; quod ex illis aquam ducere liceret, nisi specialiter vetitum esset: ex fontibus vero publicis nonnisi habita a Principe facultate, quae tamen plerumque concedi solebat (1).

(1) *Permittitur autem aquam ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico ducere. Idque a Principe conceditur: alii nulli competit jus aquae dandae. L.* 1. §. *Permittitur* 41., *et seq. ff. de aqua quotidian., et aestiv.* (43. 20.)

§. 50.

Sed, cum hodie moribus, vel municipalibus legibus fere ubique receptum sit, ut flumina quaecumque in dominio Principis censeantur (§. 37.), omnino affirmandum est, e quocumque publico flumine, vel torrente jus ducendae aquae nemini competere, qui hoc a Principe non obtinuerit, vel aliis legitimis titulis adeptus sit.

§. 51.

Praeterea ex his sequitur, omnino interdici, ne quid in fluminibus, vel ripis fiat, quo aliter aqua fluat (1). Quare nec licet aggeres struere etiam pro tuendo proprio

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

praedio, si hinc immutetur cursus fluminis in praejudicium viciuornm (2). Si quae ergo facta sint, veluti perperam attentata, publica auctoritate destrui jubentur (3), ut ita legum contemptus coerceatur.

(1) *L. 1. princ. ff. ne qiud in flumin. public.* (43. 13.)

(2) *D. l. 1. §. Sed etsi 7.*

(3) *Argum. l. Non est singulis 176. ff. de regul. jur.* (50. 17.)

§. 52.

Cum autem per molendinorum aedificationem plerumque iter navibus deterius fiat, vel aliter incipiat aqua fluere, inde consequens est, molendina non posse construi in flumine, nec eorum molas circumduci per aquas publicas sine Principis licentia (1). Quod si fingamus, duobus idem jus a Principe concessum fuisse construendi molendini; atque cum, qui postea rescriptum obtinuit, velle molendinum inferius construere, impediri poterit, si ex retento cursu aquae futurum sit, ut superius molendinum perinde exerceri nequeat (2); quia Princeps jus alteri concessum, et quaesitum adimere velle non praesumitur (3).

(1) *Quippe non tantum proprietas, sed et usus fluminum ad Principem pertinet* §. 37.

(2) *Fab. cod de servitut. lib. 3. tit. 24. def. 5.*

(3) *L. Imperatores 17. ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 53.

Hinc concessa a Principe facultas hauriendae aquae ex flumine, cum alter eodem jure jam utitur, tantum proficit, quatenus aqua superabundat (1). Atque possidens aggerem, sive claustrum, * in flumine prohibere potest alterius constructionem, ne minuatur aqua (2): nisi haec redundet. Onus autem probandi redundantiam alleganti competit juxta magis receptam opinionem; quia actor est, et alterum a jure suo deturbare contendit (3).

(1) *Argum. d. l. 17. ff. de servitutib., l. Praetor ait 2. §. Merito 10., et §. Si quis a Principe 16. ff. ne quid in loco publ.* (43. 8.)

* *Vulgo* chiusa.

(2) *L. In concedendo 8. ff. de aqua pluv. arc.* (39. 3.), *l. Aquam 4. cod. de servit.* (3. 34.)

(3) *L. Ab ea parte 5. princ., et §. 1. ff. de probationib.* (22. 3.), *l. Quotiens operae 18., et passim ff. eod. tit.*

§. 54.

Ex his colligi potest, quae regula servari debeat, cum duobus jus aquae a flumine hauriendae Princeps, vel vassallus de fluminibus investitus impertiti sunt: videlicet distinguendum in primis est, utrum jus hoc utrique simul concessum fuerit, an alteri post alterum. In prima specie, si aqua utrique sufficiat, uterque Principis beneficio frui debet, ut per se patet: alioquin vincit praeoccupans; sublata enim Principis prohibitione res ad pristinum jus gentium revertitur, adeoque primi occupantis potius est jus (1). Neque interest, ex eodem loco eruatur aqua, an ex diversis locis educi debeat; semper enim eadem militat ratio. Quod si diversis temporibus facultas haec concessa proponatur, posterior concessio nullius est roboris, nisi aqua ita superabundet; ut saltem sine gravi damno ad exitum perduci possit (2). An autem superior possit haurire aquam in praejudicium inferioris, quaestionis solutio pendet ex verbis Principis concedentis (3).

(1) §. 1., *et 2. inst. hoc. tit.*

(2) *Princeps enim jus alteri quaesitum auferre velle non praesumitur.* §. 52. *in fine.*

(3) *Potest enim Princeps, quam velit, privilegio legem dicere.* §. 189. *Tom. I.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. ult. 2.

§. 55.

An vassallus de fluminibus investitus, qui, posteaquam superiori concessit, ut aquam e flumine ducat, vel in eo molendina aedificet, possit inferiori etiam idem permittere in praejudicium superioris, res est potissimum ex verbis primae concessionis dijudicanda. Si in priore concessione expresse, vel tacite se adstrinxerit, ne alteri idem jus largiretur, servanda omnino conventio est: alioquin jure suo utitur, neo alteri facit injuriam, quamvis forte nocest (1).

(1) *Fab. cod. de servit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 5., *l. Fluminum* 24. §. *ult.*, *l. Proculus* 26. *ff. de damno infecto* (39. 2.)

§. 56.

Aliud sane jus statuendum est, si agatur de flumine, seu potius fonte, qui privati juris sit; in eo enim licet domino ad libitum molendina construere (1): itaut nec dominus feudi possit subditis prohibere molendinorum constructionem, juxta regulam vulgo receptam, quamvis ipse propria molendina habeat (2), atque per longissimum, et immemorabile tempus subditi ad molendina vassalli soliti fuissent accedere; quia nullo tempore praescribuntur, quae merae facultatis sunt (3): nisi huic consuetudini accesserit prohibitio vassalli cum acquiescentia expressa, vel tacita subditorum (4).

(1) *L. Proculus ait* 26. *ff. de damn. infect.* (39. 2.)

(2) *Thesaur. dec.* 16. *num.* 1., *et* 2. ✣ *Quod autem de molendinis hic traditur, ad furnos aeque pertinet.*

(3) *L.* 1. *cod. de servit.* (3. 34.), *l.* 2. *cod. quae sit longa consuetudo* (8. 53).

(4) *Thes. d. dec.* 16. *num.* 3.

§. 57.

Cui antem incumbat onus probandi, cum vassallus prohibitioni subditos acquievisse affirmat, negant isti, non conveniunt doctores. Vassallum onere probationis gravandum, demonstrat praesumptio juris, quae pro libertate subditorum facit (1); semper enim probatio ad eum pertinet, contra quem stat generalis regula (2), cujus exceptio non admittitur, nisi probetur.

(1) *Thes. d. dec.* 16. *num.* 6.

(2) *L. Ab ea parte* 5. *princ.*, *et* §. 1. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 58.

Verum propositae supra regulae (§. 56.) plures sunt exceptiones. Prima est, cum vassallo jus hoc Princeps speciatim concessit (1): dummodo expressa sint concessionis verba, quibus non tantum jus molendinorum extruendorum vassallo Princeps tribuat, sed etiam facultatem impertiatur, qua subditis prohibeat: vel saltem praeter investituras cum molendinis concurrat spatium sexaginta annorum, et usus continuus subditorum ad vassalli molendina accedendi (2): maxime si haec sit consuetudo in provincia passim recepta (3).

(1) *Thes. d. dec.* 16. *num.* 9. ✣

(2) *Thes. d. dec.* 16. *num.* 9. ✣

(3) *Quemadmodum apud nos obtinere tradit Thes. d. num.* 9.

§. 59.

Altera exceptio est, cum novum molendinum potius ad aemulationem fieret, quam ad utilitatem: veluti si plus impendendum esset, quam emolumentum speretur (1); aequitas enim ipsa demonstrat, ratum habendum non esse, quod perperam, et iniquo nocendi animo fit. Quare sapienter Romani constituerunt, ne pro ornanda quidem civitate liceat ad aemulationem aedificare (2). Cavendum tamen, ne aemulatio praesumatur in eo, qui aedificando alteri nocet, dum sibi prodest; puta quia alterius reditus minuatur ob minorem frequentiam molentium; quisque enim potest proprium emolumentum quaerere cum alterius dispendio, dummodo jus alterius non laedat (3).

(1) *Thes. d. dec. 16. num. 10. Quare tradit Thes. junior in addition. litera* B, *non posse dominum unius molendini minuere censum in damnum alterius.* Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(2) *L. Opus novum 3. ff. de operib. public.* (50. 10.)

(3) *L. Fluminum 24. §. ult., l. Procalus ait 26. ff. de damn. infect.* (39. 2.), *Fab. cod. de servit. lib. 5. tit. 24. definit. 5.*

§. 60.

His addi possunt aliae exceptiones: veluti si vassallus ex contractu cum universitate jus hoc sibi comparaverit (1); vel si illud forte competat ex regionis consuetudine; vel molendinum, prius constructum, publicum sit, et in eo versetur publica utilitas (2), aut Principis; hoc enim casu, publica suadente utilitate, vel majestate imperantis, privatis licere non debet, ut alia struant molendina (3).

(1) *Thes. d. dec. 16. num. 11.; ex hac enim conventione quoddam servitutis jus acquiritur.*

(2) *Alioquin enim nec statuto jus hoc sibi asserere posset communitas, nec valeret pactum etiam jurejurando firmatum, quo particulares promitterent, se molendinis communitatis usuros, quin ad alia privatorum accedere possent. Thes. in addit. ad d. dec. 16. litera C. ✠: prout etiam de furnis censuit Senatus. Osasc. dec. 17.; non enim communitas statutis suis nocere potest privatis, nisi ita suadeat publica utilitas.*

(3) *Thes. d. dec. 16. num. 13., ubi et de molendinis civitatis Taurini ita sentit; de quibus V. Declarationem R. Camerae 18. Decemb. 1756., in qua palam fit, molendina in territorio civit. Taurini, et Grugliasci ad dictam civit. pertinere, itaut decimasexta pars a molentibus solvi debeat: atque farinam inferentes, vel alibi molentes lib. 75. poena mulctantur, praeter amissionem rei, vecturae, et jumenti.*

§. 61.

Quaeri potest, utrum vassallo jus prohibendi competat in ea specie, qua cum subditis convenerit, ut liceat ipsi habere molendina publica. Libertatem subditorum confovere videtur haec ratio, quod facultas domino competens necessario secum non trahat imminutionem juris in ipsis: maxime quia forte ex conventione, vel alia caussa praeciso hoc consensu non licuisset vassallis molendina aedificare. Contra pro vassallis facit, quod supra ex communi sententia tradidimus (§. 56.), cuicumque licere in proprio fundo molendina construere. Pro vassallis sententiam dixisse Senatum refert Thesaurus (1): ea tamen ratione potissimum motus, quod conventionis verba praeseferrent, vassallis licere furnos publicos, et molendina habere; illud quippe verbum innuere videtur, onus quoddam subditis impositum, quo ad eos furnos, et molendina accedere teneantur (§. praeced.).

(1) *Thes. d. dec. 16. num. ult.* ✠

§. 62.

Diximus, nemini licere, qui jus hoc a Principe non impetraverit, vel alio legitimo quocumque titulo acquisierit, aquam e flumine publico derivare, vel opus aliud quodcumque facere, puta molendinum, quo aliter aqua fluat, vel iter navigio deterius fiat (§. 48.). In primis ergo nemini dubium est, quin Princeps jura haec in subditos transferre possit, ut plerumque fieri solet vassallorum favore (§. 58.).

§. 63.

Consentiunt etiam omnes, jus hoc praescriptione, vel praeoccupatione acquiri posse: praescriptione quidem immemorabili, si jus ipsum per se acquirendum proponatur; longissimi vero, vel longi temporis, si de ipsius qualitatibus quaestio sit. Praeoccupatione quoque diximus, non occupatione, quia occupatio ad ea tantum pertinet, quae nullius sunt: flumina autem nunc ad Principis dominium pertinent (§. 57.): praeoccupatio supponit jus a Principe duobus concessum, quod, cum a duobus simul teneri nequeat, diligentiori acquiritur. Utrumque caput explicemus.

Init. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

§. 64.

Itaque in primis praescriptione acquiritur jus aquae extraendae ex flumine publico, vel molendina in eo aedificandi: quippe ea est omnium jurium indoles, ut non tantum ex domini voluntate, sed et ex alterius facto, quod longa possessione firmatum sit, comparari possint (1). Quamquam non eadem regula in omnibus servatur, nec idem temporis intervallum sufficit, ut rerum diversi generis acquisitio fiat. Annorum sexaginta spatium jam requiri monuimus, si vassalli, molendina habentes ab investitura, sibi quoque asserere velint jus prohibendi, ne a subditis alia molendina aedificentur (§. 58.); quia incertum videtur, utrum possessio haec vassallorum jus privativum, ut pragmatici ajunt, complectatur: adeoque praeter investituras, et usum adhuc desideramus longissimam praescriptionem, quae ad immemorabilem fere accedat.

(1) *Princip. instit. de usucapionib.* (2. 6.)

§. 65.

Quod si de possessione tantum contendatur, utrum quis in ea servari debeat, tradunt pragmatici ex possessione decennali oriri praesumptionem tituli, seu titulum coloratum, qui sufficiat ad obtinendum retinendae possessionis interdictum, etiamsi resistat jus, et de regalibus quaestio sit: maxime si possessio adepta fuerit scientibus, et patientibus adversariis (1).

(1) *In hoc enim interdicto non jus spectatur, sed factum, seu possessio.* §. *Retinendae* 4. *inst. de interdict.* (4. 1.)

§. 66.

Quemadmodum autem praescriptione haec jura acquiri possunt, ita et non usu amitti: dummodo praeter non usum alterius prohibitio, et non utentis patientia accesserit; quia in iis, quae a libera utentis voluntate pendent, ex communi interpretum omnium sententia (§. 56.), praescriptio, nisi et haec adjuncta habeat, nullatenus nocet. Hinc, ut exemplis res magis elucescat, privilegium tenendi claustrum in flumine ad usum molendini non amittitur, nisi data prohibitione, et patientia per decem, vel viginti annos: maxime si adhuc supersint operis vestigia (1). Neque etiam jure aquam ducendi e flumine quis statim privatur ex eo, quod bis, aut semel facultatem hanc petierit (2).

(1) *Secundum generales praescriptionis regulas, de quibus in princ. instit. de usucapionib.* (2. 6.)

(2) *In hac enim specie adest quidem non utentis patientia; sed deficit alterius prohibitio, quae tamen ad praescriptionem hanc necessaria quoque est.* §. 56.

§. 67.

Praeoccupatione quoque obtineri potest jus aquae extrahendae e flumine publico; in his enim, quae publica sunt, melior est primi occupantis conditio (1): praeoccupasse autem dicitur, qui primo opus coepit: videlicet qui primo designavit locum, vel lapidem, calcem, aut arenam detulit ad construendum molendinum, quamvis aliud non praestiterit; hujusmodi namque praeparatoria ad inducendam praeoccupationem sufficere, ex eo constat, quod in jure quaerendo praefertur ille, qui prius ad initium pervenit (2). Atque haec potissimum obtinent, cum incipiens judicialiter protestatus est, se voluisse, jus in loco designato acquirere ad exclusionem alterius (3).

(1) *L. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.)

(2) §. *Item lapilli* 18. *instit. hoc tit.*, *l. Si Titius* 9. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.), *l. Si pluribus* 33. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. Pluribus* 33. *ff. de procurator.* (2. 13.), *l. Qui prior* 29. *ff. de judiciis* (5. 1.).

(3) *Haec enim protestatio, facto adjuncta, apertissime demonstrat animum praeoccupandi.*

§. 68.

Praeterea, cum ex simplici pilarum infixione etiam ante perfectionem rei, litus, vel mare dicatur praeoccupatum (1), non inepte defenditur fossarum excavationem, uniusque pali infixionem esse considerandam inter praeparatoria intrinseca habentia formam operis, ad inducendam occupationem (2); quia nullum opus magis necessarium est ad molendinum, palorum infixione. Navis tamen ad aquae transitum non est signum praeoccupationis, vel conservationis situs pro molendino: maxime si ab eo distet (3). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(1) *L. Ergo si insula* 50. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)

(2) *Mare enim, et flumina iisdem regulis subjiciuntur cum de praeoccupatione quaestio est.* §. 1. *instit. hoc tit.*, *d. l.* 50. §. *ult. ff. de acquir. rer. dom.*

(3) *Quae enim ad alium finem facta sunt, praeoccupationem inducere nequeunt, utpotequia possessio solius corporis ministerio apprehensa non prodest, nisi animus possidendi simul adsit. L. Male agitur* 2. *cod. de praescrip.* 30., *vel* 40. *annorum* (7. 39.).

§. 69.

Praeoccupationis, quae animo, et corpore fiat, tanta est vis, ut ad ea omnia extendatur, quae naturali quodam rerum nexu invicem conjunguntur. Hinc, si quis praeoccupaverit totam aquam fluminis, quamvis possessio in certo loco initium sumpserit, non tamen eo loco circumscriptam possessionem dicemus. Equidem possessio naturaliter in uno tantum loco acquisita est, civiliter tamen totum flumen complectitur, per occupationem, seu apprehensionem partis (1): quemadmodum et per usum partis retinetur jus totius (2). Quo fundamento recte defenditur, ex jure molendini super flumine, praeoccupatione quaesito, oriri jus aggeris construendi ex una ripa ad aliam, sine quo molendina inutilia essent (3): ita tamen ut de damno infecto caveri debeat, si ex claustro superioris molendini timeatur damnum aquae impetu erumpentis contra inferiorem (4).

(1) *L. Quarumdam rerum* 51. *ff. de acquir. possession.* (41. 2.)

(2) *L. Is, qui usumfructum* 20. *ff. quemad. servit. amitt.* (7. 4.)

(3) *Argum. l. Cui jurisdictio* 2. *ff. de jurisdict.* (2. 1.), *l. Non debet* 21., *l. In eo* 110. *ff. de reg. jur V.* §. 93., *et* 95. *D.*

(4) *L. Fluminum* 24. *ff. de damn. infect.* (39. 2.)

§. 70.

Ex his tamen inferri nequit, praeoccupanti competere jus variandi opus in flumine factum, si agatur de simplici praeoccupatione, ac possessione recenti (1); quia haec, tamquam quid facti, non extenditur ultra limites loci praeoccupati: quemadmodum de servitute tradunt jureconsulti, in qua jus variandi non competit, quamvis longissimi temporis praescriptione quaesita sit (2); praescriptio enim possessione nititur, quae certo loco conclusa est; utpoteque respicit jus in re aliena quaesitum, quod stricte intelligi debet. Quare nec concedendum est ei, qui jure occupationis nititur, ut aqua diverso modo utatur, quam prius solebat, quia non aliter praeoccupavit (3).

(1) *L.* 1. §. *Illud tamen* 15. *ff. de aqu. quotid., et aestiv.* (43. 20.)

(2) *L. Is, cui* 11. *ff. quemadmod. servitut. amittantur* (8. 6.).

(3) *D. L.* 11. *quemad. servit. amitt.*

§. 71.

Possessio ergo recens quaesita jus variandi non tribuit. Aliud dicendum est, si praeoccupans pro se habeat praescriptionem, quae hominum memoriam excedat; in hoc enim casu competit jus variandi, etiam in praejudicium eorum, qui titulo muniti sunt, et possessione; quia habens praescriptionem immemorialem potest allegare quemcumque titulum, qui sibi magis faveat (1).

(1) *L. Hoc jure* 3. §. *Ductus aquae* 4. *ff. de aqua quotidiana, et aestiv.* (43. 20)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

§. 72.

Caeterum recepta est passim sententia, ex non usu, vel alveo destructo per impetum fluminis, praeoccupationis jus non amitti, si adhuc supersint vestigia operis, neque etiam praeoccupantem dejici ex eo, quod coeptum opus perficere destiterit per aliquod temporis spatium, si alteri, qui novum opus struere aggressus erat, etiam extra judicium contradixerit, atque interim ob aliquod impedimentum opus perfici non potuerit (1).

(1) *Praeter non usum adhuc alterius prohibitionem verbis, vel factis, atque non utentis patientiam desiderari supra demonstravimus* (§. 66.).

§. 73.

Unum hic obiter animadvertendum superest; jamdiu apud nos constitutum fuisse, publicae utilitatis ratione, ut ille, qui aqua ad irriganda sua praedia, ad usum molendini, vel alterius aedificii indiget, possit cogere vicinum, ut aquae transitum in suis fundis concedat, justo tamen pretio cum octantis augmento, et cujuscumque damni refectione: dummodo vere indigeat, nec aliter frui possit aqua (1). Atque jurisprudentia haec posterioribus sanctionibus iterum firmata, et explicata fuit: dummodo tamen fundorum possessoribus opus nimis grave non sit: et aquae ita fluant vicini beneficio, nec usum earumdem possessoribus impediant (2). Quemadmodum et eadem publica utilitate suadente vetitum est possessoribus bonorum, per quae fluunt aquae, ne, postquam illis usi fuerint, eas disperdant, nec sinant, ut inferiorum beneficio defluant (3). Sed de his alibi fusius.

(1) *Ed. D. Emanuelis Philiberti ann.* 1584., *extat penes Borel. pag. mihi* 892. *col.* 2.; *atque de eo meminit Thes. dec* 275. *num.* 7.

(2) *Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 19. §. 6., *et seqq.*

(3) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 7. §. 5.

§. 74.

Hactenus de fluminibus diximus in se potius spectatis, nunc speciatim agendum est de iis, quae ad flumina quoquo modo pertinent, quarum aliqua jam attigimus, sed obiter, et quatenus rerum series, et connexio postulabat. Atque in primis dicendum est de ripis, quibus flumina continentur. Ripa namque ab Ulpiano definitur, *id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens* (1).

(1) *L.* 1. §. *Ripa autem* 5. *ff. de fluminib.* (43. 12.)

§. 75.

Hinc, ut subdit idem jureconsultus, si imbribus, vel mari, vel qua alia ratione, flumen excrescat ad tempus, non ideo ripas mutat; quia haec, praeter solitum aquae cursum contingentia, rei naturam non immutant. Si vero perpetuum ex iisdem caussis incrementum nanciscatur flumen, ampliores etiam ripas habere existimabitur; quia, quod perpetuum est, ad rei naturam, non ad casum refertur (1). Quod autem de incremento dicitur, decremento etiam convenit ex rationis aequalitate.

(1) *D. L.* 1. §. 5. *ff. de fluminib.*

§. 76.

Riparum jus non omnino idem est, ac fluminum; haec quippe Romano jure publica diximus proprietate, et usu (§. 56.): contra riparum communis quidem usus est, itaut cuilibet liceat, naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus in iis reponere: sed proprietas earum, adeoque etiam arborum, quae ibi sunt, ad eos spectat, qui prope ripas praedia possident (1). Atque eadem ratio est fontium, qui in ripa scateant (2).

(1) §. *Riparum* 4. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Solum* 49. §. 1. *ff. de rei vendicat.* (6. 1.)

§. 77.

Cur autem riparum proprietas juris privati sit, et publici usus; contra litus maris

aeque ac mare ipsum communibus, seu publicis rebus accenseatur (1), haec afferri potest ratio, quod litus maris a mari ipso continetur; cum litus dicatur ea terrae adjacentis pars, per quam hibernus fluctus maximus excurrit (2): adeoque litus maris potius comparari debet alveo fluminis, qui, non secus ac flumen, publicus est (3); ripae vero a flumine non continentur, sed ipsae flumen continent (§. 74.) Quare proprietate publicae esse non debent, utique tamen usu; quia alioquin nec flumine ipso ad navigandum uti liceret. Ergo quaedam veluti servitus a natura ipsa constituta deprehenditur.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. L. 1. tit. 8.

(1) §. 1. §. *Littorum quoque* 5. *instit. hoc tit.*
(2) §. *Est autem* 3. *instit. hoc tit.*
(3) §. *Quod si naturali* 23. *instit. hoc tit.*

§. 78.

Cum ergo riparum proprietas eorum sit, qui prope eas praedia possident, licere debet bonorum possessoribus, ripas munire ad propriam defensionem, et fluminis impetum coercendum, non autem propulsandum (1). Quin immo, quamvis non liceat fluminis cursum divertere in praejudicium vicinorum, etiam pro tuendo proprio praedio, uti supra tradidimus (§. 51.): si tamen immineas grave damnum timeatur, licebit, ita suadente naturali acquitate, ad illud avertendum aggeribus aquam fluminis paululum divertere: dummodo nihil, vel parum vicinis noceatur; et cautio praestetur de damnis reficiendis, quae inde contingere possent (2).

(1) *L.* 1. *princ.*, *et* §. 1. *ff. de ripa muniend.* (43. 15.)
(2) *D. L.* 1. *princ.*, *et* §§. *seqq.*

§. 79.

Quod de prohibitione ripae muniendae in vicinorum dispendium modo diximus, ad lucri praereptionem extendi nullatenus debet; nemini enim facit injuriam, qui jure suo utitur (§. 59.). Merito ergo constitutum est, ne dominus torrentis, vel rivi impediri possit, quominus ripas muniat, ne aquae divertantur; etiam si ex tali munimine auferat lucrum, quod vicinus sentire poterat (1).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arcen.* (39. 3.)

§. 80.

Ut publicus riparum usus (§. 76.) incolumis, et facilis sit, quaedam cautiones apud nos adjectae sunt, quibus hic finis obtineri possit. Quare in primis prohibentur caedi, vel comburi arbores, quibus ripae fluminum, et torrentium fulciuntur, spatio pedum communium octodecim (1): tum jubentur bonorum confinium possessores, ut arbores in ripis serant, quae non amplius invicem distent octo pedibus, atque ut in locum deficientium alias substituant (2). Demum eodem jure praecipitur, ut ripae fluminum navigabilium ex utraque parte vacuae sint (3).

(1) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 7. §. 7.
(2) *Reg. Const. ibid.* §. 8.
(4) *Reg. Const. ibid.* §. 10.

§. 81.

Ex his patet, bonorum possessoribus non tantum permitti, ut ad propriam defensionem ripas muniant, sed et onus aliquando incumbere: puta si aquam e flumine, vel torrente derivare velint; etenim secundum naturam est, ut, qui commoda rei sentit, ejus incomoda non detrectet (1): nisi tamen tempore opportuno huic commodo renuntiet (2).

(1) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris.* (50. 17.)
(2) *Nemo enim invitus cogitur, ut jure sibi competente utatur. L. Invito* 69., *L. Invitus* 156. §. *ult. ff. de reg. jur.*

§. 82.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

Quod ad portus pertinet, qui ad flumina trajicienda necessarii sunt, vel pontes ad eundem usum destinatos, cautum reperimus jure Romano, ne privatis liceat in flumine publico, et navigabili, quamvis ex utraque parte ripae praedia possideant, pontem privati juris facere (1); quia ex pontibus plerumque iter navigio impeditur, vel saltem deterius fit, quod privatis interdicitur (§. 41.). Atque idem traditur de pontibus in via publica construendis, quibus haec deterior fiat (2).

(1) *L. ult. ff. de fluminib.* (43. 12.)

(2) *L. Praetor ait* 2. §. *Scio tractatum* 33. *ff. ne quid in loco publico* (43. 8.).

§. 83.

Sane, cum hodie flumina ad Principes spectent, potiori ratione haec prohibentur, nisi Princeps ipse concedat. Hinc portus in fluminibus publicis haberi nequeunt, nisi ex Principis auctoritate (1): quae specifica, vel generalis sit; qualis aliquando vassallis conceditur, qui de fluminibus, eorumque omnibus pertinentiis, ut loquuntur investiti sunt.

(1) *Junge, quae de his praenotavimus* §. 57., *et seqq.*

§. 84.

Pontes privati juris super fluminibus publicis fieri non posse diximus (§. 82.); publici juris construi publice interest. Quare apud nos cautum est, ut ubi portus, vel naves haberi nequeunt, quo aqua trajiciatur, pontes, quorum ea sit latitudo, ut consuetis vecturis aditus pateat, aedificentur, et reficiantur impensis universitatum, quarum beneficio potissimum cedunt (1): nisi forte vectigal, quod pro pontibus solvitur, ad alios pertineat (2): quo casu aequum est, ut incommodum patiatur, qui commodo fruitur (3). Atque eadem praescribitur regula pro constructione, et refectione pontium, quos in viis fieri interdum necesse est, per quas aquae excurrunt: videlicet ut hujusmodi onus in eos recidat, qui aquae emolumentum habent (4).

(1) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 8. §. 6.

(2) *Reg. Const. ibid.* §. 7.

(3) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(4) *Reg. Const. ibid.* §. 8.

§. 85.

Neque ab hac juris nostri municipalis sanctione dissentit jus Romanum; constat enim publicarum viarum refectionem iis universitatibus, et locis incumbere, in quorum territorio adsunt (1). Sane, quod de tota via statuitur, etiam in partibus obtinere debet (2). Addi potest exemplum parietis communis, cujus refectio ad eos pertinet, qui eodem utuntur (3). Ergo pontium refectio eorum oneri esse debet, qui confines sunt, et ex illis utilitatem sentiunt (4).

(1) *L. unic. princ., et* §§. *seqq. ff. de via publica, et si quid in ea factum esse dicatur* (43. 10.).

(2) *Argum. l. Semper* 147. *ff. de reg. jur., l. In toto* 113. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Parietem* 8. *ff. de servitutib. praed. urban.* (8. 2.), *l. Si aedes* 12. *ff. commun. divid.* (10. 3.)

(4) *Ita tamen ut liceat alteri communitati, materiam ligneam pro pecunia comportare. L.* 1. §. *Deinde ait.* 6., *l. penult.* §. *ult. ff. de rivis* (43. 21.).

§. 86.

Quaeri hic potest, utrum in ea specie, qua vectigal pro trajectione pontium vassallis solvitur, iisdem debeatur augmentum pecuniae. Vassallorum favore judicavit Senatus, ea motus ratione, quod haec vectigalia pendantur pro reparatione viarum, et pontium: adeoque auctis pecuniae valore, mercede, et operis, aequum sit, ut etiam majus vectigal vassallo detur (1): nisi forte per longum tempus solutum fuerit de moneta cur-

renti: quo casu praescriptio vassallo noceret; praeterquam si casus fingeretur, quo moneta ad minimum quid redacta fuisset; tunc enim, ne jus vectigalis elusorium fieret, et fere inutile, Principis auctoritate vassallo consulendum aequitas suaderet (2). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(1) *Thes. dec.* 214. *num.* 1. ✠
(2) *Thes. d. dec.* 214. *num.* 3. ✠

§. 87.

Superest, ut quaedam de alveo fluminum dicamus, prout rerum series postulat, fusius de eo infra acturi, ubi de accessione. Alveus, quatenus flumen continet, veluti fluminis pars considerari potest; quippe sine eo flumen nec consistere, nec fere concipi potest. Hinc alveus ejusdem juris est, ac flumen, publici nimirum (1): proinde flumen diverti nequit ab alveo antiquo, nec immutari in vicinorum dispendium (2). Quod autem in flumine aedificatur, ad eos pertinet, qui prope ripas praedia possident (§. 46.).

(1) §. *Quod si naturali* 23. *instit. hoc tit.*
(2) *L.* 1. §. *Sed. etsi* 7. *ff. ne quid in flumin. public.* (43. 13.) *Junge* §. 51., *et* 78.

§. 88.

Inter publicas res a jureconsultis viae etiam recensentur (1); quarum aliquae publicae sunt, aeque ac flumina: videlicet viae ab Ulpiano dividuntur in publicas, privatas, et vicinales (2). Publicae, quas Graeci, eodem jureconsulto auctore, regias appellant, Romani praetorias, vel consulares (3), et militares (4), dicuntur, quae, certis finibus latitudinis circumscriptae ab habente potestatem, eo fine constructae sunt, ut publice eatur, quarum etiam solum idcirco publicum est; ad discrimen privatarum, quarum solum est alienum, jus tamen eundi, et agendi privatis competit (5).

(1) *L. Praetor ait* 2. §. *Publici* 3. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.)
(2) *D. l.* 2. §. *Viarum* 22.
(3) *D. l.* 2. §. 22.
(4) *L. ult.* §. 1. *ff. de loc., et itinerib. publ.* (43. 7.)
(5) *D. l.* 2. §. *Viam publicam* 21. *ff. ne quid in loco publ.*

§. 89.

Vicinales viae appellantur, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. Duplex harum species distingui adhuc potest, quarum aliae, circumstantibus vicis inservientes, communibus sumptibus factae sunt, et reficiuntur: aliae vero ex collatione privatorum fiunt. Priores publicae dici possunt, quatenus omnibus patent; posteriores privatae sunt, iter tantum praebentes privatis, qui in circumstantibus vicis commorantur, et ad earum refectionem impendunt (1): nisi tamen earum memoria non extet (2).

(1) *D. l.* 2. §. *Viarum* 22. *ff. ne quid in loc. public.* (43. 8.)
(2) *Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt. L. ult. ff. de locis, et itinerib. public.* (43. 7.)

§. 90.

Hoc autem discrimen est inter vias publicas, quas praetorias, vel consulares Romani appellabant, atque vicinales, quae circumstantibus vicis, communibus impensis, fiunt, et reficiuntur; vel, quamvis ex collatione privatorum factae sint, earum tamen memoria non extat, quod publicae exitum ad mare, vel in urbes habent, aut in flumina publica, aut in aliam publicam viam: vicinalium vero pars altera sine ullo exitu intermoritur (1).

(1) *D. l. ult.* §. 1.

§. 91.

Privatae viae sunt, quae privatis tantum inserviunt, non publico usui, vel commu-

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8. ni. Duplex quoque harum species secerni potest: videlicet aliae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad fundum alterius ducant: aliae, quae ad agros quidem deducunt; sed usus omnibus patet. Atque istae improprie dici possunt publicae, quatenus omnibus per eas ire licet; et differunt a prioribus, quae jure servitutis constitutae sunt; neque usus ad alios pertinet, praeterquam ad eos, quibus hoc peculiare jus competit.

§. 92.

Haec summatim ex Romano jure delibavimus: licet enim hodiernis moribus omnino non conveniant, non tamen per omnia discrepant, atque ideo lucem afferre possunt. Ergo viarum triplex species statui generatim potest: quarum aliae regales sint, aliae publicae quidem, sed non regales, aliae privatae: sed publicarum duo itidem sunt genera, ut et privatarum. Singulas recenseamus, et explicemus.

§. 93.

Inter viarum species principem locum tenet, quae consularis, militaris, regia, seu regalis dicitur (§. 88.): atque haec, quae ducit de civitate in civitatem, vel ad flumen publicum, aut mare, publica sine dubio est, itaut per eam omnibus commeare liceat: quin et peculiariter de hac constitutum est, ut certis finibus latitudinis constare debeat, quo non tantum iri (1). sed et vehicula duci possint (2).

(1) *D. l. Praetor ait 2. §. Viam publicam, 21. ff. ne quid in loc. publ. (43. 8.)*

(2) *L. unic. §. Construat autem 3. ff. de via public., et si quid in ea factum esse dicet. (43. 10.) Quae autem praecise latitudo requiratur, non una apud omnes gentes regula statuitur. Edicto Amedei VII. 17. Junii 1430., quod reperitur penes Sol. Decr. de reparatione, et manutentione viarum pag. mihi 286.; et penes Borel pag. 705., statuitur, ut viae publicae latitudinis octo pedes habeant in rectitudine, et sexdecim in anfractu, seu reflexo.*

§. 94.

Publicarum duas species diximus (§. 92.), videlicet aliae sunt, quae ducunt de loco ad locum, et successive per alia loca: ad quae regalis praebet accessum. Via haec, quamvis a Romanis potius inter privatas recenseri videatur, quatenus a publica eam distinguunt (1), proprie tamen privata non est, sed tantum discretive a regali: ut ex eo etiam patet, quod praeter vias regales, et privatas Romani agnoscerent tertium viarum genus, quas vicinales appellabant (2). Atque ex usu omnium gentium publicae nunc reputantur viae ducentes ad loca, ad quae itinerando non potest haberi accessus per viam consularem.

(1) *D. l. Praetor ait 2. §. Viarum 22. ff. ne quid. in loc. public.*

(2) *D. l. 2. §. 22.*

§. 95.

Altera publicae viae species, sed inferioris ordinis, est illa, quae inservit infra fines alicujus territorii ad usum, et accessum ad colonias, et de vico in vicum ejusdem loci, sine qua communicatio haberi non posset. Haec autem viae species, quae differre non videtur a vicinali Romanorum (1), tamquam ad culturam, et communicationem necessaria, publica etiam reputatur: itaut probandi onus asserenti non incumbat; quia pro se habet praesumptionem (2): saltem si ex collatione privatorum constituta non sit (3), cujus memoria extet (4).

(1) *Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. D. l. 2. §. 22. ff. ne quid in loc. public. (43. 8.)*

(2) *L. Ab ea parte 5. princ., et §. 1. ff. de probationib. (23. 3.)*

(3) *Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt; has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc inter constitutum est. D. l. 2. §. 22.*

(4) *Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt. L. ult. ff. de locis, et itinerib. public.* (43. 7.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

§. 96.

Nec interest, quae sit hujus viae destinatio ad hoc, ut publica dicatur; an principaliter constituta fuerit pro accessu ad loca privata, puta ad colonias; an potius, ut in viam publicam ducat; reperiatur in agris privatorum, necne; dummodo enim non ducat ad certum privatum locum, sed communiter pateat omnibus profecturis in aliam viam publicam: maxime si illius memoria non extet: quia, ut omnes fatentur, viae privatae natura in eo praecise consistit, quod tantummodo in privatum locum ducat (1).

(1) *D. l. Praetor ait* 2. §. *Privatae* 23. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.)

§. 97.

Duplex quoque genus viae privatae est (§. 92.). Prior ex illis constat, quae non ducunt de loco ad locum, neque ad commercium necessariae sunt, nec ad communicationem universalem destinatae; sed proprie sunt semitae, seu viae compendia, quae solent fieri per agros privatos, prope vias publicas, ab itinerantibus pro breviori, et expeditiori transitu.

§. 98.

Altera privatae viae species illa est, quae vere, et speciatim fuit introducta, et destinata ad usum, et commoditatem domini praediorum: sive ea a domino in propriis fundis constituta fuerit, sive eidem in alienis jure servitutis debeatur: etiamsi aliis quoque fortuito inserviat; cum vix possint impediri iter facientes, ne viam expositam, et apertam ingrediantur; quamvis privata sit, et alicujus propria.

§. 99.

Utraque ex his duabus viae speciebus privata existimatur, nisi publica demonstretur, ut satis per se patet. Sed strictior, et magis specifica probatio necessaria est, cum de postrema agitur; quippe haec ex ipso etiam usu privata apparet, illam vero publicam aliquatenus demonstrare videtur communis transeuntium usus (1).

(1) *Argum l. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.).

§. 100.

Cum de necessitate, quae aliquando imminet alleganti, ut viam publicam demonstret, postulante rerum serie quaedam dixerimus, non inopportunum erit inquirere, quae ad viam publicam constituendam requirantur: tum quae signa in dubio viam publicam demonstrent, necne.

§ 101.

Tria sunt ex communi doctorum sententia, quae desiderantur, adjuncta, ut publica dicatur via. 1. Quod habeat utrumque caput in locum publicum. 2. Quod iter per eam publice haberi consueverit. 3. Quod solum sit publicum, et auctoritate publica destinatum: vel saltem, quod adsit usus immemorabilis, itaut nesciri possit, an fuerit conflata ex collatione agrorum (1).

(1) *Omnes hae conditiones satis perspicue eruuntur ex ipsis Romanis legibus, nimirum d. l. Praetor ait* 2. §. *Viam publicam* 21. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.), *et l. ult.* §. 1. *ff. de locis, et itinerib. public.* (43. 7.)

§. 102.

Inter publicae viae necessaria adjuncta non enumeravimus ejusdem latitudinem; quamvis enim non mediocris latitudinis esse deceat vias, quae publico usui inserviunt, itaut non tantum jumenta, sed et plaustra, et currus per eas ducantur (§. 93. all. 2.): attamen facile contingere etiam potest ex situs qualitate, ut haec haberi nequeant. Sufficit ergo ad viam publicam, quod ad duos, vel tres pedes in latitudine extendatur (1).

(1) *Argum. princ. instit. de servit. rustic., et urban. praed.* (2. 3.), *l. Viae latitudo* 8., *juncta l. Via* 23. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 103.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

Si de his conditionibus dubitetur, adeoque an via publica sit, an privata, ad signa publicitatis, ut pragmatici loquuntur, confugiendum est. Sed in primis observandum, in dubio viam, de cujus publico usu constat, publicam praesumi, adeoque privatam asserenti incumbere onus probandi; publici enim usus conditio ex sui natura secum trahere videtur caeteras conditiones (1).

(1) *Haec enim inter alias primum locum tenet.*

§. 104.

Exceptio tamen huic regulae admittitur, cum certo constat, praedia, per quae transitus petitur, privati juris esse, utpote pleno dominii jure ad privatum pertinentia (1); praesumitur enim accessorium ejusdem indolis esse, ac principale (2): quo casu insistens in negatoria nititur propriae rei libertate; adeoque onus contrariae probationis in adversarium transfert (3).

(1) *Unaquaeque enim res libera existimatur, nisi aliud demonstretur. L. De servitutibus* 2., *l. Loci* 4., *l. Et si forte* 6. §. *Parientem* 7., *et passim ff. si servit. vindicet.* (8. 5.)

(2) *Cap. Accessorium* 42. *extra de reg. jur. in* 6. *Decret.* (5. 13.) *l. Nihil dolo* 129. §. 2. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Actor* 23. *cod. de probat.* (4. 19.)

§. 105.

Ex dictis satis constat, quae signa apta sint ad demonstrandam viam publicam: nimirum via proprie constituitur publica ex soli natura, ad publicum iter legitima auctoritate destinati (§. 102.). Tertia conditio, quam desiderari diximus, ut via publica habeatur, proprie tantum eo pertinet, ut talis demonstretur; nemo enim dubitat, quin via recens constituta publica vere sit, quamvis per eam iri adhuc non consuescat. Usus ergo viae publicus in via antiquitus facta inspicitur, ut ejus natura dignoscatur; potissimum quia haec conditio caeteras supponere videtur; vel etiam possessionis, et praescriptionis vi easdem fingere (§. 103.). Quare tradit Ulpianus, vias vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, inter publicas recenseri, si earum memoria non extet (1).

(1) *L. ult. ff. de locis, et itinerib. public.* (43. 7.)

§. 106.

Inquiramus ergo, quae signa inepta sint; tum quae eandem privatam constituant. In primis via publica non probatur ex eo, quod inservierit pro delatione Eucharistiae infirmis, pro consueta benedictione tempore paschali, domibus per parochos impertienda, pro infantibus ad sacrum baptisma deferendis, vel pro sponsis occasione matrimonii solemniter traducendis; omnes enim hi actus dependenter a benevola concessione, vel jure familiaritatis secuti praesumuntur (1); quippe omnes fatentur, viae usum in alieno fundo juri familiaritatis, vel precario potius adscribendum esse (2).

(1) *Nemo enim in dubio sibi nocere velle praesumitur, aut jus suum deminuere, ut alteri prosit.*

(2) *L. pen. ff. si ususfruct. petat.* (7. 6.), *l. Actor* 23. *cod. de probationib.* (4. 19.)

§. 107.

Major difficultas est, an cadaverum ad sepulturam delatio viam publicam demonstret; quippe actus hic jure familiaritatis vix concedi soleat. Probabilior tamen videtur, et magis recepta negantium sententia, nisi consuetudo hujusmodi per longum tempus inducta, et retenta edoceatur: praesumptio enim, quae dominum fundi onerat, altera, quae in juris proprii retentione fundatur, veluti potiore eliditur (1).

(1) *L. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

§. 108.

Neque etiam probant viam publicam testes deponentes talem esse, et pro publica reputari; nisi in hac qualitate unanimes consentiant; atque simul testimonii rationem reddant: puta quod a longissimo tempore publice, et passim per eandem itum fuerit, tamquam per viam publicam (1).

(1) *Hujusmodi enim conditiones semper desiderantur in illis rebus, quae ad populi usum probandum pertinent. V. quae diximus de modo probandae consuetudinis per testes* §. 381., *et seqq. Tom. I.*

§. 109.

Parum etiam ad hoc prodest viae latitudo; haec enim conjecturam quidem praebere potest; sed remotam, et genericam; cum usus invaluerit penes possessores urbanorum praediorum, vel etiam rusticorum, habitationi inservientium, ut amplae, et spatiosae viae maximis sumptibus sternantur ad voluptatem, et decus (1).

(1) *Quae autem ad unum finem destinata sunt, ad alterum ab agentis consilio alienum, atque eidem damnosum protrahi non debent.* §. 196. *D.*

§. 110.

Idem judicium fieri debet de conjectura desumpta a sepe, qua via eingatur; diligentis enim patrisfamilias est, sepibus vias munire, ne segetes, fruges, caeteraque, quae in agris nascuntur, animalium, vel hominum devastationi exponantur. Hinc ergo privata potius adstruitur, quam publica.

§. 111.

Quae hactenus expendimus argumenta, prodesse nequeunt ad viam publicam demonstrandam: quaedam sunt, ex quibus eruitur, viam privati juris esse. Atque in primis praesumitur via privata illa, ad cujus utrumque caput cancelli appositi sunt, quibus aditus iter facientibus praecludatur (1); cum enim via publica ex sui natura omnibus pateat (§. 88.), privata necessario dici debet, cujus usus privati arbitrio interdicitur.

(1) *Idem est, si sepe, vel fossa usus viae intercludatur, vel impediatur.*

§. 112.

Immo, quamvis cancelli a transeuntibus attriti proponantur, vel etiam, iis extantibus, iter tamen habitum adhuc fuerat per praedia adjacentia, nisi aliud constet, pro viae libertate adhuc erit pronunciandum (1); attentata enim jus attentantia non probant: transitus vero jure familiaritatis, vel precario habitus reputatur (§. 106.).

(1) *Quaelibet enim res potius praesumitur libera.* §. 104. *alleg.* 1.

§. 113.

Secundum privatae viae argumentum desumi potest ex pariete super ea extructo; publica enim via nihil patitur, quod transeuntibus impedimentum afferat (§. 88.). Ergo, quae undique aperta non est, privata dici debet. Atque haec maxime obtinent, si praeter aedificium cancelli sint, quibus aditus praecludatur.

§. 114.

Quod praestat paries, seu aedificium, potiori ratione probat area ad messem triturandam extructa, quae viam intersecet; cum enim tempore messis dari nequeat usus viae, qui tamen impediri nunquam potest, si publica sit, consequenter via haec privata censeri debet, et pro aedificii, ac praediorum adjacentium usu constructa (1).

(1) *Argum. l. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.).

§. 115.

4. Publica non praesumitur via, quae arboribus consita sit: sane, cum non liceat, in via publica arbores plantare; imo caedi debeant, si qui sint (1), itaut cuilibet de populo agendi hoc interdicto facultas competat, quamvis specialiter ejus non intersit (2), caeterorum patientia indubium argumentum praebet, quo via privata dicatur (3).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(1) *L. Praetor ait* 2. §. *Si quis* 17. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.)

(2) *L.* 1. *ff. de locis, et itinerib. public.* (43. 7.), *d. l.* 2. §. *Hoc interdictum* 34. *ff. ne quid in loco public.*

(3) *Communis enim hominum aestimatio potius inspici debet, quam unius, aut alterius privati, cujus praecipue intersit.*

§. 116.

Quinta publicae viae conjectura desumitur ex ejusdem fine, seu destinatione; si enim destinata appareat ad usum, et commoditatem domini praediorum: maxime si huic necessaria sit, caeteris vero facilior quidem, et expeditior, non tamen necessaria, privata dicenda est, quamvis per accidens aliis quoque ejusdem usus apertus fuerit (1); quippequod factum reputatur ex benevola tolerantia, et urbanitate domini praediorum (§. 106.)

(1) *In jure attenditur plerumque, quod directe sit, non quod indirecte, et fortuito contingit. L. Post legatum* 5. §. *Qui accusavit* 7., *et seqq., l. Qui Titii* 7. *ff. de his, quae ut indignis* (34. 9.).

§. 117.

His addi possunt alia indicia, quae, licet seorsim sumpta non omnino probent, simul tamen collecta privatum viae jus demonstrare aptissima sunt: veluti terminus divisorius praediorum. Venditio juris transitus per eandem viam, precaria concessio (1), et his similia. Quod si adhuc dubia res sit, judicis est definire, utrum via inter publicas, an inter privatas sit connumeranda (2).

(1) *Sane, si haec jure facta fuerint, necessario supponunt, viam privatam esse: in dubio autem, quis jure suo uti praesumitur. L. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.).

(2) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 8. §. 1.

§. 118.

Postquam viarum naturam investigavimus, quaedam dicenda supersunt de viis construendis, et reficiendis. Romano jure cautum invenimus, ut vias publicas in urbibus, vel castris unusquisque construere teneatur secundum propriam domum, ut vehiculum per eas transire possit: quod si domus conductae sint, idem onus conductoribus imminet (nisi dominus ipse aedificet), ita tamen ut, quod impenderint, a locatore repetant, vel in mercedem computent (1). De iis autem, quae extra haec loca sunt, nihil statuitur: ex quo conjici potest, publicis sumptibus eas aedificari consuevisse.

(1) *Construat autem vias publicas unusquisque secundum propriam domum, et aquaeductus purget, qui sub dio sunt, idest sub coelo libero; et construat ita, ut non prohibeatur vehiculum transire. Quicumque autem mercede habitant, si non construat dominus, ipsi construentes computent dispendium in mercedem. L. unic.* §. 3. *ff. de via publica, et si quid in ea etc.* (43. 10.)

§. 119.

Viarum refectio plura complectitur; reficit enim, ait Ulpianus, et qui aperit, et qui purgat, et qui pristinum statum reducit (1). Viarum publicarum refectio, quae in urbibus, pagis, vel vicis erant, jure Romano eorum oneri fuisse videtur, qui domos propa eas habebant (2): nisi forte quis eas corrupisset, quo casu propriis sumptibus easdem reficere tenebatur (3). Imo generatim cautum est, ne prohibeatur, quicumque vias publicas reficere velit (4), dummodo nihil immutet.

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. de via public., et itinerib: public. reficiend.* (43. 11.)

(2) *D. l. unic.* §. 1., *et* §. 3. *ff. de via public., et si quid in ea etc.*

(3) *L. ult.* §. 1. *ff. de via public., et itinerib: public. refic. Qui ad vias publicas reficiendas teneantur ex jure apud nos constituto, quique adhiberi debeat refectionis modus. V. Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 8. *V. et Regium Diploma* 25. *Augusti* 1759., *quo speciatim statuitur, ut ad construendas, tuendas, et reparandas vias impendere*

debeant, non tantum possessores bonorum, et incolae; sed et omnes, qui habent vectigalia, et alia jura, quamvis prius ab hoc onere eximerentur. Quod vero pertinet ad situs olim privatos, postea novis viis occupatos, atque veteres viarum situs, statuitur in Reg. Diplomate 7. Junii 1762., ut priores justo pretio aestimentur, posteriores vero universitati addicantur, in cujus territorio sunt: ea lege, ut priorum pretium antiquis dominis solvat.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(4) *D. l. 1. princ., et* §. *seqq. ff. de via public., et itinerib. public. etc.* (43. 11.)

§. 120.

Refectio ergo quibusdam injungitur, omnibus permittitur: immutatio, vel corruptio omnibus prohibetur. Immutat, qui alio transfert (1): latiorem, longiorem, altiorem, vel humiliorem facit: aut in viam terrenam glaream injicit, aut sternit viam lapide, quae terrena est: vel contra lapide stratam, terrenam facit (2).

(1) *Quod idcirco sine Principis auctoritate fieri nequit. Reg. Const. lib. 6. tit.* 8. §. 2., *et* 4.

(2) *D. l. 1.* §. *Si quis 2. ff. de via public., et itinerib. public. refic.*

§. 121.

Deteriorem viam reddere existimatur, qui aliquid in via facit, quo iter impediatur, vel minus commodum sit (1): veluti qui eas effodit, subruit, aut aedificia in iis construit (2). Hinc etiam prohibitum est, ne aliquid in viam projiciatur (3), vel propositum ante officinas habeatur, nisi ita postulet necessitas: quo casu adhuc curribus aditus patere debet (4): cuique tamen licet januas aperire super viis publicis, et vicinalibus, dummodo vicinis non noceat, nec itineri (5).

(1) *L. Praetor ait 2.* §. *Ait praetor 20. ff. ne quid in loco public.* (43. 8)

(2) *L. unic.* §. *Curent 2. ff. de via public., et si quid in ea fact. esse dic.* (43. 10.)

(3) *Non permittant autem, rixari in viis, neque stercora projicere, neque morticina, neque pelles jacere. Dicta l. unic.* §. *ult.*

(4) *Studeant autem, ut ante officinas nihil projectum sit, vel propositum: praeterquam si fullo vestimenta siccet, aut faber currus exterius ponat. Ponant autem et hi, ut non prohibeant vehiculum ire. D. l. unic* §. *penult.*

(5) *L. ult.* §. 1. *ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)

§. 122.

Explicatis iis, quae ad res publicas pertinent, ordo postulat, ut de rebus universitatis dicamus. Verum, quia plura sunt de universitatibus scitu utilia, et ad praxim accommodata, idcirco plenius de his agere statuimus in hoc titulo, ut rerum ordini, quem servavit Justinianus, quantum fieri potest, insistamus.

APPENDIX.

De universitatibus.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rerum divis.*
Digest. lib. 3. tit. 4. *Quod cujusq. universit. nom. etc.*

SUMMARIA.

Universitates omnes personarum vice funguntur: atque ideo bona, jura, et privilegia habent. §. 123.

Universitates necessario regi debent ab administratoribus. §. 124.

Exponuntur singulae quaestiones, quae in hoc argumento expendendae sunt. §. 125.

§. 123.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4.

Cum universitates omnes personarum vice fungantur, quemadmodum de municipiis, decuriis, et societatibus scripsit Florentinus (1): quatenus nimirum, qui eas componunt, non singillatim, sed simul omnes spectati, unum corpus efficiunt, consequenter propria bona, jura quaedam, et privilegia habent, quemadmodum singula reipublicae membra (2).

(1) *Mortuo reo promittendi, et ante aditam haereditatem fidejussor accipi potest; quia haereditas personae vice fungitur, sicut municipium, et decuria, et societas. L. Mortuo reo 22. ff. de fidejuss.* (46. 1.)

(2) *Quibus autem permissum est corpus habere, collegii, societatis, sive cujusque alterius, eorum nomine, proprium est ad exemplum reipublicae, habere res communes, arcam communem. L. 1. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 124.

Verum, quia jura haec, et bona singulorum universitatis membrorum propria non sunt, sed totius societatis communia (1); adeoque pro arbitrio a singulis nec alienari, nec administrari possunt: ita etiam suadente ejusdem corporis, et reipublicae totius utilitate, ne alioquin eas dissolvi contingat: aliunde vix fieri potest, ut convenienter ab omnibus simul administrentur, propter nimiam sententiarum discrepantiam, et hominum pervicaciam; qua ratione praetori curae fuit, ut nec tutelae munus a pluribus simul tutoribus geratur (§. 375. 2.): propterea constituendi fuerunt administratores, quibus communium jurium tuitio, et rerum cura demandaretur (2).

(1) *Res communes, arcam communem. D. l. 1. §. 1 ff. hoc tit.*

(2) *Et actorem, seu syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi, fierique oporteat, agatur, fiat. D. l. 1. §. 1. in fine.*

§. 125.

Ut autem singula percipiantur, quae ad hoc argumentum pertinent, sex distinctis capitibus rem universam absolvemus. In 1. Explicabimus: Quid, et quotuplex sit universitas. In 2. Quae generaliter sint universitatum curae, et onera. Tertium aget de administratoribus universitatum, seu de eorum electione, excusationibus, et desitione. In 4. Expendemus, quae sit auctoritas, quodve munus eorum, quibus rerum ad universitates pertinentium administratio committitur, tum in contractibus, tum in alienatione, tum et in judiciis. In 5. Explicabimus actiones, quae competunt universitatibus contra administratores, tum et administratoribus contra universitates. Demum paucis agemus de beneficio restitutionis in integrum, quod universitatibus, aequeac minoribus, conceditur.

CAPUT I.

Quid, et quotuplex sit universitas.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 47. tit. 22. *De collegiis, et corporib.*

SUMMARIA.

Universitatis, et communitatis nomina promiscue aliquando usurpantur: latius tamen patet nomen universitatis, quam communitatis: hoc proprie tantum ad homines refertur. Hominum collectio diversis etiam vocabulis solet designari. §. 126.

Finis universitatum congregandarum est publicum totius reipublicae bonum, et singulare eorum, ex quibus constat universitas. §. 127.

Cur in amplioribus universitatibus institutae fuerint specialiores aliae societates? §. 128.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 47. tit. 22.

Quis finis sit specialiorum societatum, et quotuplex? §. 129.

Communitas est coetus plurium personarum legitima auctoritate simul conjunctarum ad bonum publicum, et privatum. §. 130.

Cur communitas dicatur coetus plurium personarum? Qualis numerus personarum requiratur ad constituendum collegium, oppidum, congregationem? §. 131

Decem saltem personae requiruntur ad constituendum municipium. §. 132.

Conservatur jus universitatis etiam in uno, qui convenire poterit, et conveniri universitatis nomine, et superiorem eligere: nec per immutationem membrorum mutatur universitas. Quid, si omnes deficiant? §. 133.

Universitates ecclesiasticae congregari debent auctoritate praelatorum Ecclesiae, civiles vero auctoritate Principis. Quae fuerit in hoc Romanorum jurisprudentia? §. 134.

Singulares universitates primario congregantur eorum gratia, qui eandem constituunt, postremo tamen referuntur ad utilitatem totius reipublicae. §. 135.

Universitates aliae sunt ecclesiasticae, aliae civiles, quaedam mixtae. §. 136.

Universitatum ecclesiasticarum tres sunt species, quarum aliae saeculares dicuntur, aliae regulares, aliae sunt mediae inter utrasque. Confraternitates in dubio laicales praesumuntur, ut et hospitalia. §. 137.

Exponitur discrimen, quod intercedit inter diversas species universitatum, in administratione bonorum communium, et gerendis negotiis. §. 138.

§. 126.

Quamquam communitatis, et universitatis nomen promiscue aliquando usurpatur, proprie tamen universitas a communitate differt; universitatis enim nomen non tantum personas, sed et res complectitur: unde peculium, grex, haereditas universitates dicuntur, quatenus ex pluribus rebus constant, quae sub unico peculii, gregis, haereditatis nomine continentur: sed communitatis nomen plures homines, ad determinatum quendam finem simul collectos, proprie significat. Specialius tamen in jure Romano universitatis nomen usurpatur ad designandum hominum coetum simul perpetuo conjunctorum (1). Immo plura sunt vocabula, quibus haec hominum collectio significatur; modo enim corpus, modo collegium, modo communitas, vel universitas nominatur: quin et attenta hominum multitudine, et pro diverso hujusmodi societatum fine diversa sortiuntur nomina reipublicae, civitatis, municipii, capituli, monasterii, et similium, de quibus inferius dicemus.

(1) *Ut patet ex tit. digest. Quod cujusq. univers. nomin. lib. 3. tit. 4.*

§. 127.

Communitatum congregandarum finis idem est, ac sociandae reipublicae: videlicet ut publicum totius reipublicae, et privatum illorum bonum, qui eandem constituunt, foveatur, et augeatur; cum enim hominum naturam sapientissimus ejus Auctor ita comparaverit, ut nemo singulis necessariis rebus sibi parandis solus sufficiat; plurima autem sint, quae vix ab uno, aut altero homine executioni convenienter possunt demandari, nec tamen ab omnibus simul ejusdem reipublicae membris, necessitas aut saltem utilitas suasit, ut in republica societas specialis fieret plurium personarum, quae communi consilio commune ipsarum bonum primario curarent, secundario autem universalis reipublicae utilitatem foverent. Hinc conditae civitates, constituta municipia, ut, quod omnes simul ejusdem Principis subditi vix assequi possent, facilius a paucioribus, simul speciali vinculo colligatis, obtineatur.

§. 128.

Imo, cum in peculiaribus hujusmodi societatibus quaedam singularia negotia sint, quae nonnisi per pauciores expediri commode possunt, opportunum fuit, specialiores

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 47. tit. 22.

alias societates, seu communitates instituere, quae hisce negotiis vacarent. Hinc condita hospitalia alendis pauperibus destinata, hinc, et profluxerunt corpora, seu collegia mercatorum, opificum, et similia.

§. 129.

In his autem specialioribus societatibus triplex finis distingui potest: immediatus, mediatus, sive, si ita loqui malis, primarius, secundarius, et ultimus. Singularum civitatum congregandarum, vel municipiorum finis primarius, seu immediatus est communis utilitas eorum, ex quibus civitas, vel municipium constat: finis mediatus, seu secundarius est utilitas singulorum membrorum: finis vero ultimus in bonum totius reipublicae, seu ditionis tendit. Aliarum autem specialiorum societatum, veluti hospitalium, collegiorum, primarius finis est commodum civitatis, vel loci, ubi haec sunt instituta: secundarius eorum, qui ibi recipiuntur. Postremo ad totius reipublicae bonum aeque referuntur.

§. 130.

Hisce breviter praenotatis, communitas, seu universitas definiri potest: *Coetus plurium personarum legitima auctoritate simul conjunctarum ad privatum, et publicum bonum.* Singula hujusce definitionis verba, quarum prima, ubi communitas dicitur coetus plurium personarum, tenent locum generis, quippequae cujuscumque generis societati accommodantur; caetera habent vim differentiae, quatenus eas a reliquis vel generalioribus, vel etiam specialioribus societatibus distinguunt, paullo fusius sunt explicanda.

§. 131.

In primis ergo universitatem dicimus coetum plurium personarum: atque in hoc conveniunt non tantum cum generalioribus societatibus, quales sunt regna, reipublicae, quae unius imperio reguntur, vel etiam plurium; sed etiam cum singularibus societatibus, quae libere, et sponte coalescunt lucri in commune captandi gratia; vel natura ipsa constituit; quales sunt singulae familiae. Plurium personarum coetum diximus, non tamen demonstrato numero; quia non una est pro singulis communitatum speciebus mensura. Tres sufficere ad collegium existimabat Neratius, quem secutus est Marcellus (1). Ad constituendam universitatem, seu oppidum plures sentiunt, sufficere quinque homines, moti auctoritate Justiniani, cum quinque testes sufficere tradit in testamentis rusticorum, si major eorum numerus non inveniatur (2). Aliis placet, tres etiam sufficere exemplo collegii. Alii contra sentiunt, decem saltem homines requiri, et nituntur jure canonico, quo praescribitur, ut Ecclesia, quae decem saltem habeat mancipia, proprio sacerdote regatur: alioquin aliis jungatur Ecclesiis (3).

(1) *Neratius Priscus tres facere existimat collegium: et hoc magis sequendum est. L. Neratius* 85. *ff. de verb. significat.* (50. 16.).

(2) *L. ult. cod. de testamentis et quemad: test: ordinentur* (6. 23.).

(3) *Ecclesia, quae usque ad decem habuerit mancipia, super se habeat sacerdotem: quae vero minus decem mancipia habuerit, aliis conjungatur Ecclesiis. Cap. Unio* 3. §. 1. *in fin. caus.* 10. *quaest.* 3.

§. 132.

Praeferenda videtur postrema haec sententia; tum quia jure canonico probata; tum quia majorem hominum numerum ad constituendam universitatem requiri, quam ad collegium, ipsa rerum natura demonstrat; collegium enim specialior quaedam communitas est in ipsa universitate contentum. Non mirum ergo, si pauciore personarum numero constituatur; aliunde idem saltem hominum numerus ad universitatem requiri videtur, qui ad turbam, quam nonnisi in decem hominibus admittit post Labeonem Ulpianus (1). Demum ad constituendam familiam tres saltem requirit Jureconsultus (2): ad congregationem vero duo sufficere indicatur (3).

(1) *Turbam autem, ex quo numero admittimus? . . . . Duo turba non proprie di-* Inst. l. 2.
centur. Enim vero, si plures fuerunt, decem, aut quindecim homines, turba dicetur. tit. 1.
L. Praetor ait 4. §. *Turbam autem* 3. *ff. de vi bon. rap.* (47. 8.) ff. l. 47. tit. 22.

(2) *Unicus servus familiae appellatione non continetur. Ne duo quidem familiam faciunt. L. Detestatio* 40. §. *ult. ff. de verb. significat.* (50. 16.)

(3) *Nullus in Ecclesia, ubi duo, vel tres fratres fuerint in congregatione, nisi eorum electione canonica praesbyter eligatur. Cap.* 1. *extra de electione* (1. 6.).

§. 133.

Caeterum, quamvis duae, tres, vel plures personae ad constituendam aliquam universitatem de jure requirantur, non idcirco tamen jus universitatis interibit, si necessarius personarum numerus forte minuatur; longe enim facilius conservatur jus aequisitum, quam primitus acquiratur. Hinc, permanere jus, et nomen universitatis in uno, docet Ulpianus, itaut hic et convenire, et conveniri universitatis nomine possit (1). Unde sequitur, posse hunc universitatis nomine eligere, non quidem seipsum, ut multi sentiunt, sed alium in universitatis ducem, et administratorem. Potiori ratione subsistit universitatis jus, quamvis omnia ejusdem membra mutentur (2); neque enim his potius, quam aliis constare universitas debet, dummodo iis polleant qualitatibus, quae universitatis cujusque indoles requirit. Si autem omnes deficiant, legitima auctoritate restituetur ex idoneis personis, si ita expedire videatur.

(1) *Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire, et conveniri; cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis. L. Sicut municipum* 7. §. *ult. quod cujusq. univers.* (3. 4.)

(2) *In decurionibus, vel aliis universitatibus, nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. D.* §. *ult.*

§. 134.

2. Dicimus universitatem esse coetum plurium personarum, legitima auctoritate simul congregatarum; auctoritate videlicet Ecclesiae praelatorum, si de ecclesiasticis conventibus agatur: vel Principis, eorumve, penes quos suprema majestas est, si de civilibus universitatibus quaestio sit; publica enim salus non patitur, ut cuique pro arbitrio liceat universitates instituere (1). Quare nec facile apud Romanos collegia permittebantur (2). Quamquam generaliter Romani permittebant, ut religionis caussa in unum convenire liceret, dummodo non fieret contra senatusconsulta, idest sub specie religionis fraus legibus fieret (3). Atque in hoc universitates, de quibus hic agimus, differunt ab imperiis, et privatis societatibus.

(1) *L. Collegia* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(3) *Sed religionis caussa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra senatusconsultum, quo illicita collegia arcentur. L.* 1. §. 1. *ff. hoc. tit.*

§. 135.

Demum universitates consociari diximus ad privatum, et publicum bonum, ut significemus non primario in commodum totius reipublicae congregari, sed eorum potius, qui eandem universitatem componunt: non tantum, quatenus singulorum, sed et quatenus simul specialiter collectorum: quod postremum etiam privatum dici potest comparate ad bonum totius reipublicae, quod proprie publicum nominatur: quamquam postremo ad totius reipublicae utilitatem quoque referuntur (§. 129.). Atque in hoc differunt ab imperiis, in quibus primario omnium subditorum simul collectorum commodum inspicitur; tum et a privatis societatibus, quae in privatorum bono conquiescunt.

§. 136.

Triplex distingui potest universitatum genus. Aliae nimirum ecclesiasticae sunt, aliae civiles, aliae mixtae. Ecclesiasticae universitates illae sunt, quae ex personis ecclesias-

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 47. tit. 22.

ticis constant, et primario respiciunt religionem; veluti capitula cathedralium, vel collegiatarum Ecclesiarum, et monasteria: sed et ad bonum totius reipublicae referuntur, quatenus praecipuum hujus propugnaculum religio est, sicut ipsi Romani agnoverunt, penes quos summa semper fuit religionis sollicitudo, et existimatio (1); quamvis deploranda caecitate inanes Deos colerent. Civiles societates sunt, quae temporale civium bonum primario intendunt, veluti civitates, quae inter has primum tenent locum: tum corpora, seu collegia mercatorum, et opificum, quae jam apud Romanos in usu erant (2). Mixtae tandem illae sunt, quae partim ad spirituale, partim ad temporale civium bonum referuntur: veluti universitates studiorum, hospitalia, et laicorum confraternitates.

(1) *Nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus: quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet; nam summam esse rationem, quae pro religione facit. L. Sunt personae* 43 *ff. de religiosis, et sumpt. fun.* (11. 7.)

(2) *L.* 1. *princ. ff. quod cujuscumque univers.* (3. 4.); *ubi enumerantur socii publicorum vectigalium, aurifodinarum, argentifodinarum, vel salinarum; collegia pistorum, et naviculariorum.*

§. 137.

Universitates ecclesiasticae in tres adhuc species tribuuntur, quarum aliae saeculares nominantur, aliae regulares, aliae mediae inter utrasque. Saeculares sunt, quae ex clericis constant in saeculo degentibus: veluti capitula. Regulares ex iis coalescunt, qui certae regulae ab Ecclesia approbatae addicti perpetuo, et solemniter sunt. Mediae demum constant ex clericis, qui sub certa regula quidem vivunt, sed quam pro arbitrio deserunt, vel solemniter professi non sunt. His addi possunt confraternitates in Ecclesiis erectae, quae licet ex solis fere laicis constent, quia tamen et religionis caussa institutae sunt, si ab Episcopo perhibeantur approbatae, inter ecclesiasticas societates referuntur: alias inter laicales, quales in dubio praesumi traditum est (1): quemadmodum et hospitalia (2).

(1) *Loca pia, quae per se subsistunt, sive a laicis cum ecclesiasticorum interventu administrentur, sive etiam ab ecclesiasticis personis, ad forum laicum pertinere vulgo tradunt pragmatici, etiamsi instituta perhibeantur approbante Episcopo; quia approbatio haec ad ea tantum referatur, quae divinum cultum respiciunt, quin intersit, quod templa habeant, quae unice collegii utilitati inserviunt. Verum inter ecclesiastica loca connumeranda sunt, quae per se non subsistunt, sed a corpore, seu collegio aliquo ecclesiastico dependent: tum hospitalia annexa ordini alicui religiosorum, quia ex vi sui instituti hospitio recipiunt, et fovent infirmos, vel peregrinos, ecclesiastica reputantur; quia sunt veluti accessorium illius ordinis. Confraternitatum bona, quae ad Ecclesiam pertinent, ecclesiastica censentur, non caetera. Tandem sacella ubicumque extructa, quae ad divina officia celebranda destinata sunt, ecclesiastica judicantur, ut et eorum bona: secus de aliis affirmandum, eorumque bonis.*

(2) *Hospitale tamen dici non potest ecclesiasticum, nisi edoceatur erectum auctoritate Episcopi, et praeterea Ecclesiae incorporatum sit.*

§. 138.

Alia quoque universitatum divisio haberi potest, desumpta ex diversa ratione, qua earundem negotia pertractantur; quae tamen non tam ex diversa earum indole proficiscitur, quam ex necessitate; aliae siquidem sunt, in quibus omnia communitatis membra adesse possunt coetibus, quibus negotia expediuntur, veluti capitula clericorum, regularium monasteria, collegia etiam fere omnia. In aliis vero quaedam tantum personae eliguntur, quae eandem universitatem repraesentantes omnia peragant, quae ipsius bonum exposcit: tales sunt civitates, municipia, confraternitates, sive ecclesiasticae, sive laicales: aliquando tamen contingit, ut propter negotii gravitatem, non quidem

omnes omnino, sed singula uniuscujusque familiae capita convocanda sint: prout infra demonstrabimus.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4.

CAPUT II.

De juribus, et privilegiis universitatum.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 3. tit. 4. *Quod cujusque universit. nom., vel contra eam agatur.*

SUMMARIA.

Juris fictio, qua universitates personarum vice funguntur, non in omnibus casibus locum habet; sed in iis tantum, in quibus ita suadet earum commodum. §. 139., *et* 140.

Demonstratur assertio haec, tum ex aequitate, tum ex constanti jureconsultorum praxi. §. 141.

Universitates omnium contractuum capaces sunt, quibus idonei reputantur singuli cives: ita tamen ut eaedem fere regulae servari debeant in contractibus universitatum, quae pro pupillis, et minoribus sunt constitutae. §. 142.

Universitas quaelibet potest etiam per actores jura sua in judicio prosequi, et ab aliis conveniri. Hospitale agere potest ad consequenda ea, quae pauperibus relicta sunt. §. 143.

Demonstratur, universitates personarum nomine non contineri in materia odiosa. §. 144., *et* 145.

Universitates specialibus quibusdam privilegiis gaudent. §. 146.

Universitas modum praescribere potest, quo communia bona administrentur, dummodo nihil contra publicas leges fiat. §. 147.

Banna unacum feudo in vassallos transferri solent a Principe. §. 148.

Utrum universitates gaudeant fori privilegio? §. 149.

Cum jura haec neque in judicio, nec extra judicium universitas per se prosequi valeat, administratores eliguntur, quibus datur facultas ea omnia peragendi, quae ad bonum universitatis pertinent. §. 150.

§. 139.

Supra diximus, universitatem quamlibet personae vice fungi (§. 123.): idest veluti singularem personam considerari. Sed haec juris fictio est, quae in omnibus casibus locum habere non potest; longe enim arctiores esse decet fictionis, quam veritatis limites. Hinc aliquando, quae de personis dicuntur, etiam universitatibus conveniunt: aliquando diverso jure reguntur universitates, et singulares personae; prout juris fictionem aequitas admittit, vel respuit (1). Quinimo, cum universitates ex pluribus simul collectis personis constent, aequum est, ut potioribus quibusdam juribus gaudeant, quae singularibus personis aeque non conveniunt.

(1) *Stricte communitas non venit nomine personarum: late venit; quod obtinet non tantum, cum de universitatis commodo, vel onere agitur, sed etiam, cum quaestio instituitur de interpretanda mente contrahentis, testatoris, vel legislatoris, an personarum appellatione universitates etiam comprehendere voluerint. In his porro attendenda est ratio, seu caussa disponentis, testantis, vel contrahentis, et ejusdem mens. Hinc, si proponatur species de haerede gravato, ut pensionem quandam solvat, vel*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4.

in pecunia numerata, vel assignando tot census super personis, quae tamen solvendo sint, potest sine dubio assignari pensio super censibus, qui ab universitatibus debeantur: dummodo de jure, et de facto, ut pragmatici ajunt, solvendo sint; quia aequitas suadet, ut personarum numero favore haeredis gravati universitates intelligantur, cum alteri dispendium non immineat.

§. 140.

Cum quaeritur, utrum universitates sub personarum nomine comprehendantur, generalis regula praestitui posse videtur: toties communitates personarum nomine intelligi, quoties vertitur earum favor, non autem, si ipsarum incommodo fictio haec civilis juris cessura sit.

§. 141.

Regula haec ex aequitate facile demonstratur; cum enim universitates pluribus personis constent, iniquum videretur, omnibus, simul legitime, et publica auctoritate consociatis, denegare, quod singulis tribuitur: nisi forte ipsius universitatis bonum aliter suadeat; vel omnibus collective sumptis non accommodetur, quod convenit singulis. Sed juris hanc fictionem etiam ad eos casus protrahere, quibus damnum est allatura, alienum videtur tum ab ipsa aequitate, tum a constanti jureconsultorum more, qui numquam fictiones invexere, nisi ut publicae, vel privatae utilitati faverent.

§. 142.

Ex prima regulae parte fluit, universitates, nisi speciali lege aliud cautum sit, omnium contractuum esse capaces, quibus idonea reputantur singularia reipublicae membra (1). Sed quia minoribus potius comparantur (quod eorundem favore constitutum est), quatenus necessario regi debent ab administratoribus, eaedem fere regulae praestitutae sunt in contractibus universitatum, quae in contractibus pupillorum, et minorum observantur. Hinc etiam legata (2), et haereditates accipere possunt, sicut cives singuli (3): nisi speciali lege probibeantur, vel de collegiis illicitis, nec publica auctoritate probatis, agatur (4).

(1) *Ut colligunt omnes ex l. Civitas 27. ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *L. Cum Senatus 20. ff. de reb. dub.* (34. 5.)

(3) *L. 1. §. Si autem collegium 15. ff. ad S. C. Trebell.* (36. 1.), *l. Haereditatis 12. cod. de haered. instit.* (6. 24.)

(4) *L. Collegium 8. cod. eod. tit. de haeredib. instit.*

§. 143.

Praeterea non tantum hujusmodi actuum, quae extra judicium expediuntur, quaelibet universitas capax est, sed etiam in judicio jura sua, non quidem per se ipsam, sed per actorem, seu syndicum prosequi potest (1): et vicissim ita suadente aequitate ab aliis conveniri (2). Hinc tradunt pragmatici, hospitale posse agere ad consequenda ea, quae pauperibus relicta sunt; tum quia pro caussa pia cuilibet de populo agere permittendum est (3), tum quia ex Regiis Edictis actionis hujus prosecutio praecipue ad hospitale pertinet (4), cui cura pauperum specialim incumbit.

(1) *L. 1. §. 1., l. Si municipes 2., l. 3. ff. hoc tit.*

(2) *L. Sicut municipum 7. ff. hoc tit.*

(3) *L. Mutus, et surdus 43. §. In popularibus 2. ff. de procuratorib.* (3. 3.)

(4) *Edic. 17. April. 1717., et Edic. 2. Julii 1719.*

§. 144.

Si autem de materia odiosa quaestio sit, personarum nomine non contineri universitates verius est; cum enim nonnisi fictione juris communitas dicatur persona (§. 123.); propria autem significatione talis non sit, nec juri, nec aequitati consonum est, a propria verborum significatione recedere; ut, quod de personis statutum est, ad universitates in earundem dispendium protrahatur. Nec juris auxilio destituitur sententia haec.

Ulpinanus edietum praetoris expendens, quo se rescissurum pollicetur, quidquid metus caussa gestum fuerit (1), non tantum singulares personas edicto comprehendi putat, sed etiam cujuscumque generis universitates, quia praetor generaliter, et in rem locutus est, nulla facta personae mentione (2). Ergo ex sententia Ulpiani, si praetor in personam locutus fuisset, ejusque mentionem fecisset, edictum ad communitates non pertineret.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4.

(1) *De quo in l. 1. ff. quod metus caussa (4. 2.).*
(2) *L. Metum autem 9. §. 1. ff. eod. tit.*

§. 145.

Non absimile argumentum desumi potest ex Justiniano, qui poenam tripli, et banni constituens adversus eos, qui collectas, vel exactiones Ecclesiis, aut aliis piis locis, aut ecclesiasticis personis imponere, aut invadere ecclesiastica bona praesumpserint, et moniti resipiscere noluerint, non tantum singulares personas commemorandas esse duxit, sed etiam communitates (1).

(1) *Auth. Item nulla communitas, post l. 2. cod. de Episcop., et cleric.* (1. 3.) *Hinc patet, universitatem ipsam delicti capacem esse, atque puniri posse, si tota, vel major saltem populi pars crimen admittat, vel agendo, vel saltem mandando.*

§. 146.

Insuper, quia universitates ex pluribus simul collectis personis constant, quae, specialiori ratione, communi, et publico bono student, specialioribus etiam quibusdam juribus, et privilegiis gaudent, quibus earum conservatio, et incolumitas facilius obtineatur. Quare imprimis singulari jure constitutum tradit Ulpianus, ut pollicitatio, civitati propter opus publicum facta, quamvis nondum acceptata, obligationem pariat (1), itaut ejusdem implementum urgere possint administratores (2).

(1) *L. Toties locum 6. §. Non tantum 2. ff. de pollicitat.* (50. 12.)
(2) *L. De pollicitationibus 8. ff. eod. tit.*

§. 147.

Praeterea potest quaelibet universitas modum praescribere, quo communia bona administrentur (1), dummodo nihil statuat contra publicas leges (2): non autem civium actibus jus dicere, nisi facultatem hanc specifice obtinuerit, eaque a supremis Magistratibus fuerit interinata (§. 271., et seqq. 1.). Quare nec statuta ex Principis concessione lata potest immutare, nisi immutatio haec a Principe probetur, et a supremis Magistratibus interinetur (§. 346., et seqq. 1.).

(1) *L. 1. § 1. ff. hoc tit.*
(2) *L. ult ff. de colleg., et corp.* (47. 22.)

§. 148.

Quod pertinet ad banna campestria, ut vocant, haec in vassallos una cum feudo transferri solent a Principe (1). Vassalli autem multas imponere prohibentur, nisi praevia Senatus approbatione (2).

(1) *Reg. Constit. lib. 6. tit. 3. cap. 1. §. ult.*
(2) *Reg. Constit. lib. 6. tit. 3. cap. 3. §. 6.*

§. 149.

Demum sunt, qui sentiunt, universitates, quia pupillis, et minoribus comparantur (§. 124.), fori privilegio gaudere (1). Negant alii; quia privilegium, contra juris communis regulas indultum (2), extra praefinitos limites extendi non debeat: atque comparatio universitatum cum pupillis, et minoribus locum habere non possit, ubi agitur de damno alterius.

(1) *L. unic cod. quand. Imperat. int. pupill., vel vid. etc.* (3. 14.)
(2) *Novell. 86. cap. 1.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 150.

Cum autem jura haec prosequi, neque extra judicium, neque in judicio tota simul communitas valeat, ut per se patet, optima idcirco ratione constitutum fuit, ut administratores eligantur, quibus facultas detur ea omnia peragendi, quae ad bonum universitatis pertinent (1). Atque de his nunc agemus, prout rerum ordo expostulat.

(1) *L. 1. §. 1. ff. hoc tit.*

CAPUT III.

De administratoribus universitatum, seu de eorum electione, excusationibus, et desitione.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 3. tit. 4. *Quod. cujusque universitat. nom. etc.*
Cod. lib. 10. tit. 31. *De decurionibus etc.*

SUMMARIA.

Proponuntur quatuor singulares quaestiones in hoc capite expendendae. §. 151.

Ex administratoribus alii bona communia, et publicas res gerunt: alii actionibus in judicio instituendis, et excipiendis praepositi sunt. §. 152.

Decuriones a toto populo legitime congregato eliguntur, atque hi alios singulares administratores nominant, tum consiliarios in locum deficientium. §. 153.

Quinque conditiones, seu solemnitates requiruntur, ut quis rerum publicarum administrationem legitime consequatur. §. 154.

Imprimis requiritur legitima eorum congregatio, vel voce praeconis, vel pulsata campana, vel sono tubae, auctoritate superioris. §. 155.

Cum omnes consiliarii intersunt, quamvis praevia convocatio secuta non fuerit, legitime tamen congregati reputantur §. 156.

Non tantum legitimi superioris auctoritate convocari debent decuriones universitatis; sed et ipse superior interesse tenetur, nisi legitime impeditus sit, vel forte de ipsius re agi debeat. §. 157.

An judex, vel ejus locumtenens interesse debeat consilio universitatis? §. 158.

Ut legitima reputetur congregatio universitatis, sufficit, duas ex tribus partibus decurionum interesse. §. 159.

Necesse non est, ut in instrumento affirmetur, duas ex tribus consiliariorum partibus adfuisse: sed sufficit, si de legitima congregatione aliunde constet. §. 160.

Potest statuto, vel consuetudine induci, ut major decurionum numerus requiratur, nec duae partes ex tribus sufficiant. §. 161.

In electione administratorum, atque in caeteris negotiis, praevalet major numerus suffragiorum: nec ulla habetur ratio dignitatis, vel auctoritatis. §. 162.

Patris suffragium filio prodest, et vicissim: non secus ac eorum, qui ejusdem patriae potestati subjiciuntur. §. 163.

Proponitur quaestio, utrum ad conficiendum majorem suffragiorum numerum computari possit suffragium illius, qui electus est. Afferuntur fundamenta negantium. §. 164.

Proponuntur argumenta affirmatium, desumpta ex jure canonico, et ex Pauli jureconsulti doctrina. §. 165.

Affirmatium sententia juri canonico consona est; nec ab aequitate, aut a Romanorum legibus abhorret. §. 166.

Leges civiles prohibent quidem, ne illi, qui publico munere funguntur, propria auctoritate aliud publicum officium sibi deferant: sed non negant, suffragio electi eam inesse vim, ut nominationi consentiens praeferri caeteris debeat, quasi majorem suffragiorum numerum habens. §. 167.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

Suffragia decurionum publice, et uno actu ferri debent: nisi omnes in eandem personam, vel rem consentiant. §. 168.

Legitime congregata non reputatur universitas, nisi in locum publicum, et solitum omnes convenerint; praeterquamsi obstet legitimum impedimentum. §. 169.

Consilia universitatum laicalium regulariter haberi nequeunt in Ecclesiis. §. 170.

Nonnisi honestae conditionis personae, bonis moribus praeditae, et qui artes civiles non exerceant, ad officia universitatum evehi possunt. §. 171., *et* 172.

Spurii ex verosimiliori sententia infames non sunt: atque ideo, si et re, et vita honesti sint, nec alium habeant legitimum competitorem, eligi possunt. §. 173.

Iudaei olim decuriones fieri poterant; sed Imperatorum Christianorum constitutionibus prohibiti sunt ab hoc officio. §. 174.

Decuriones propter dignitatem, qua pollent, privilegia quaedam habent: puta quod torqueri nequeant, nec, inconsulto Principe, morte aliave gravissima poena damnari. §. 175.

Alimenta percipiunt ex publicis bonis, si facultatibus lapsi sint: eorum successiones non ad fiscum, sed ad ordinem perveniunt. Ab extraordinariis muneribus immunes sunt: filius naturalis curiae datus legitimus fit. §. 176.

A foro exolevit Romanorum jurisprudentia, ex qua decuriones non poterant bona immobilia vendere sine decreto §. 177.

Etiam filiifamilias ad decurionatus honorem admittuntur, atque pater obstrictus est, nisi nominationi expresse dissenserit. Plures ejusdem familiae eodem munere simul fungi possunt. §. 178.

Minores aetate decuriones creari non possunt, nisi parum distent a legitima aetate, et justa caussa interveniat. Utrum annus inceptus hic habeatur pro completo? §. 179.

Foeminae a decurionatu removentur. §. 180.

Nemo potest civilia munera lege, consuetudine, vel legitima auctoritate delata recusare, nisi justam habeat excusationis caussam. §. 181.

Civis cogi potest ad redeundum illuc, unde traxit originem, ut munera personalia subeat. Quid si temere recuset? §. 182.

Plures sunt caussae, quae a subeundis publicis muneribus excusant: per viam appellationis, non simplicis allegationis proponendae sunt. §. 183.

1 *Excusat aetas major annis quinquagintaquinque. Quid si munus delatum sponte susceptum sit?* §. 184.

2. *Excusat numerus quinque liberorum. Qui numero liberorum se excusat, si filium habeat legitimae aetatis, eum publicis muneribus statim applicare debet.* §. 185.

Excusat inopia, adversa valetudo, absentia reipublicae caussa, artium liberalium professio. Immunes quoque sunt redemptores vectigalium fisci, veterani, quidam artifices, qui inimicitiae caussa nominati sunt, vel alium magis idoneum eligi posse demonstrant. §. 186.

Universitas non cogitur administratores invita suscipere: immo suspecti sunt, qui gravissimum hoc onus ambiunt. An teneatur novum secretarium admittere, qui minori salario se offerat? §. 187.

Officia administratorum penes Romanos pleraque temporalia erant, excepto decurionatu. In hac re locorum statuta, et receptae consuetudines servari debent. §. 188., *et* 189.

Transitio ad munera administratorum. §. 190.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 151.

Quatuor in hoc capite breviter expendenda sunt: 1. A quibus, et quomodo eligantur universitatum administratores: 2. Qui eligi possint: 3. An electi teneantur munus subire: 4. Demum, quomodo desinat eorum officium: exemplo videlicet pupillorum, et minorum, de quorum tutoribus, et curatoribus inspeximus; a quibus dentur, qui dari possint; qua ratione a delato, vel suscepto officio excusentur; postremo quomodo tutela, vel cura finiatur. Atque his peractis de munere et auctoritate administratorum tractabimus, atque actionibus, quae competunt universitatibus adversus administratores, vel his contra universitates, ut indemnitatem utrique consequantur; et postremo loco de in integrum restitutione: quemadmodum et de his omnibus diximus, cum de pupillis, et minoribus ageremus, quibus universitates comparantur (§. 124.).

§. 152.

Duplex est in unaquaque civitate, vel loco administratorum species: aliis justitiae administratio concessa est; aliis autem bonorum, et rerum publicarum, seu communium cura demandatur. De illis ibi agemus, ubi de judiciis sermo instituendus erit: de his, quos generali nomine curatores reipublicae, nec inepte, Ulpianus vocat (1), rerum series agendum postulat. Plures apud Romanos olim creabantur rerum publicarum administratores, qui diversis vacarent negotiis; ut, ita divisis officiis, munus speciale sibi demandatum facilius, et convenientius quisque posset adimplere: praecipue autem decuriones nominabantur, quibus summa rerum committebatur (2). Atque his nunc suffecti sunt consiliarii civitatum, qui propterea decurionum nomine quandoque adhuc donantur: et rursus ex his consiliariis quidam eliguntur, quibus specialis auctoritas conceditur in rerum publicarum administratione, quos syndicos, ratiocinatores, rationum magistros nominant: quamquam syndici nomen penes Romanos eum designabat, qui expediendis in judicio universitatis negotiis praeficiebatur; unde et actoris nomen habebat (3): itaut universitatis syndicus idem esset, ac privatorum procurator (4).

(1) *L. Prohibere* 3. §. *Plane* 4. *ff. quod vi, aut clam.* (43. 24.).

(2) *Decuriones inde dicti fuerunt, quod decima pars eorum, quos Romani, excrescente civium numero, in colonias mittebant, eligebatur, ut praeesset publico concilio, et administrationi rerum publicarum. L. Pupillus* 239. §. *Decuriones* 5. *ff. de verb. significat.* (50. 16.)

(3) *L. Item eorum* 6. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 6. §. *ult.*

§. 153.

Hinc facile dignoscitur, penes quos sit facultas nominandi rerum publicarum administratores: nimirum decuriones, seu consiliarii a toto populo legitime congregato semel eliguntur, qui deinde alios officiales nominare poterunt (nisi forte a lege ipsa designati sint, puta seniores, vel juniores in ordine decurionum (1)), vel per se ipsos, vel per alium, cui hanc facultatem concesserint (2): quin et alios consiliarios in locum eorum, qui morte, vel quacumque alia ratione deficiant; ne identidem totus populus convocandus sit, quod nonnisi sine maxima difficultate posset obtineri, nec sine publicae securitatis periculo.

(1) *L. Nulli* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Item eorum* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 154.

Ut autem quis rerum publicarum legitimam administrationem nanciscatur, non sufficit, si a consiliariis civitatis electus fuerit, nisi simul praestitutae a jure communi, vel municipali leges in electione peragenda fuerint observatae; nihil enim actum creditur, cum non eo modo gestum est, quem leges praescribunt (1). Hujusmodi solemnitates ad quinque capita referuntur. 1. Ad modum, quo convocari debent consiliarii, et congregari.

2. Ad numerum eorum, qui consilio interesse debent. 3. Ad numerum suffragiorum. 4. Ad modum, quo ferendum est suffragium. 5. Tandem ad locum, in quem conveniant universitatis consiliarii.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

(1) *D. l. 6. in princip. ff. hoc tit.*

§. 155.

Imprimis ergo, ut consiliarii, seu decuriones universitatis legitime congregati dicantur; et tamquam, totam universitatem repraesentantes, speciales administratores rerum publicarum jure eligere possint, caeteraque peragere universitatis nomine, quae ad ejusdem negotia, et bonum pertinent, requiritur, ut legitima auctoritate fuerint omnes convocati, non quidem voce praeconis, quod propter convocandorum multitudinem saepe nimis incommodum esset, sed pulsata campana, ut vulgo fieri solet, vel sono tubae; auctoritate, inquam, non tantum judicis (1), sed et rectorum, vel superioris; itaut alioquin viribus careat, quidquid decretum fuerit (2). Quod si universitas superiorem forte non habeat, vel superior absit, hoc jus devolvitur ad decurionem antiquiorem, ex communi sententia (3).

(1) *L. Observare 2. cod. hoc tit. Jure, quo nunc utimur, praefectus provincialis tributorum* (Intendente) *interesse debet consiliis civitatis, ubi ipse moratur, et jurisdictionem habet: in aliis vero civitatibus, vel locis respective praefectus provinciae, vel judex ordinarius. Si tamen praefectus tributorum provincialis ex specialibus caussis consilii congregationem edixerit, eidem quoque intererit. Ita cavetur Reg. Diplomate* 18. *Maii* 1756. *V. et Edict.* 8. *April.* 1739. *pro Sabaudiae Ducatu latum, quo statuitur, ut consiliis universitatum judex, vel castellanus interesse debeat; vel his legitime impeditis scriba.*

(2) *Losaeus de jure universitat. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 66. *Citationes ex communi sententia sufficit, alternatim fieri, campanae sonitu, vel voce tubae, vel per praeconem.*

(3) *Losaeus d. cap.* 3. *num.* 69.

§. 156.

Haec tamen caute intelligenda sunt, ut in eo casu locum habeant, quo non omnes consiliarii convenerint; sed duae tantum partes ex tribus, quae tamen sufficiunt, ut inferius dicemus, si modo legitima convocatio praecesserit. Si autem omnes omnino praesentes sint, quamvis legitime non fuerint vocati, nibil obest, quominus integram universitatem repraesenteut; adeoque ejusdem nomine, et auctoritate agere, et decernere possint (1); convocationis enim legitimae necessitas eo pertinet, ut nemo a consilio temere excludatur: quae ratio cessat, cum, quamvis fortuito, omnes tamen in unum convenerunt.

(1) *Losaeus de jure universitat. d. par.* 1. *cap.* 3. *num.* 70.

§. 157.

Superioris ergo legitimi auctoritate convocari regulariter debent singula consilii membra, sed et requiritur ex communi sententia, ut superior ipse consilio interveniat, quum negotia peragenda expenduntur; non enim legitima videri potest membrorum congregatio, si capite, seu rectore destituatur: nisi ex legitima caussa impeditus sit, vel de ipsius re forte agi debeat; tunc enim, ne judex esse videatur in caussa propria; etiam sine illius interventu negotium poterit expediri (1).

(1) *Losaeus d. cap.* 3. *num.* 67.

§. 158.

Quamvis autem superioris interventum in conciliis universitatum requiramus, non tamen legitima desinet esse consilii congregatio ex eo, quod judicis praesentia desit, si jus commune spectemus (1); eo enim praecipitur quidem judex observare, ut decuriones solemniter convocentur, non autem ejusdem interventus concilio desideratur (2).

(1) *Aliud enim Regio jure apud nos cautum est.* §. 155. *All.* 1.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

(2) *D. l. Observare* 2. *cod. hoc tit. Excipiendus est casus, quo de alienandis rebus immobilibus universitatum agatur; tunc enim omnino necessarius est judicis interventus. L. unic. cod. de vend. reb. civit.* (11. 31.)

§. 159.

Quamquam vero omnes convocari debent consiliarii, ut legitima habeatur congregatio universitatis, non tamen omnes etiam adesse oportebit: quippe, ut jam innuimus, sufficit, si duae ex tribus partibus interfuerint (1); ut enim ait Ulpianus, refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem (2). Nec immerito ita lex fingit; quia difficile est, ut omnes conveniant; neo aequitas patitur, ut propter moram, aut negligentiam decurionum res universitatis, non sine gravi ejusdem detrimento, in suspenso maneant.

(1) *Lege autem municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis. L. 3. ff. de decret. ab ord. fac.* (50. 9.), *Osasc. dec.* 39. *num.* 2.

§. 160.

Hinc inferunt plures, non sufficere ad decretorum vim demonstrandam, si in istrumento dicatur consiliarios legitime convocatos fuisse, nisi simul exprimatur duas ex tribus consiliariorum partibus adfuisse; quia ea, quae de substantia actus sunt, omnino exprimi debeant. Sane non dubium, quin de legitima congregatione constare debeat, nisi res sit in antiquis; sed non omnino requirendum, ut hujusmodi expressio fiat, si de legitima congregatione aliunde constet: puta testibus, subscriptione consiliariorum, et similibus indiciis (1).

(1) *Losaeus de jure universit. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 80.

§. 161.

Neque desunt, qui sentiant, non valere statutum, aut consuetudinem quibus major numerus requiratur, nec duae ex tribus partes sufficiant; quia ab aequitate, et publica utilitate hujusmodi sanctio abhorreat. Verum, si statutum legitima auctoritate conditum, et probatum fuerit, nulla apparet ratio, cur viribus destituatur; nihil enim vetat, quominus juris communis fictioni derogetur: sive lege municipali, sive legitime inducta consuetudine: maxime quia etiam sic statuendi, potissimum in negotiis arduis, aequissima caussa esse potest (1).

(1) *Sed consuetudo haec non praesumitur, nisi probetur; neque fides habetur actibus, quibus haec adstruatur, si actus illi in archivio communitatis descripti non fuerint, prout generatim requiritur, ut actus communitatis probent. Fab. cod. de probationib. lib. 4. tit. 14. def. 58., et 61.*

§. 162.

Si autem quaeratur, quis vincere debeat, et potior in electione sit, cum decuriones in diversas abeunt sententias, respondemus, potiores ejus partes esse, qui majorem pro se suffragiorum numerum habet; quin intersit, an major pars dignior sit, necne: solus enim numerus dicitur attendendus, non dignitas, vel auctoritas; cum enim difficile in eandem sententiam homines conveniant, necessarium etiam fuit, a tota universitate gestum fingere, quod major pars decrevit (1). Sane periculosa est dignitatum, et meritorum distinctio.

(1) *Quod major pars Curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. L. Quod major* 19. *ff. ad municip. etc.* (50. 1.)

§. 163.

Cum autem hic de publico munere agatur, in quo proinde non attenditur nec patria potestas (1), nec multo minus commune patriae potestatis vinculum, merito traditum est, patris suffragium filio prodesse, et vicissim (2): non secus ac eorum, qui ejusdem patriae potestati subjiciuntur; quia quasi publico officio fungens, et publics pollens auctoritate suffragium quis dedisse censetur, non quasi domestica persona (3).

(1) *L. Filiusfamilias* 9. *ff. de his, qui sui, vel alien. juris sunt* (1. 6.), *L. Nam quod ad jus* 14. *ff. ad S. C. Trebell.* (36. 1.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

(2) *Illud notandum Pomponius ait, quod et patris suffragium filio proderit, et filii patri. L. Illud 5. ff. hoc tit.*
(3) *L. Item eorum 6. ff. hoc. tit.*

§. 164.

Sed acriter dissentiunt interpretes, utrum ad conficiendum majorem suffragiorum numerum etiam computari possit suffragium illius, qui electus est, necne. Sentiunt aliqui, inter quos Voet (1), proprium suffragium nullatenus prodesse, quasi ambitiosa, nec ferenda res sit, ut quis sibi ipsi munus conferat; quemadmodum de praetore traditum est, et de praeside provinciarum, quibus interdicitur, ne se in judices, vel tutores eligant (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num. 7.*
(2) *L. ult. ff. de offic. praet.* (1. 14.), *l. Praetor 4. ff. de tut., et curat. dat.* (26. 5.), *l. Praeses 5. ff. de offic. praesi.* (1. 18.)

§. 165.

Contrarium tuentur alii, tum ex auctoritate Innocentii III., qui ab Episcopo Bajacensi consultus, quid agendum in ea specie, qua ex septem compromissariis tres extraneum elegissent in capituli decanum, tres alii unum ex iisdem compromissariis de gremio capituli, respondit, postremo huic conferendum esse beneficium, dummodo et electioni consentiat, et nullum eidem canonicum obstet impedimentum (1): tum et doctrina Pauli asserentis, eum quoque, qui electus est, computandum esse, ut duae partes decurionum dicantur adfuisse (2).

(1) *Cap. Cum in jure 33. extra de electione D. G.* (1. 6.).
(2) *Plane, ut duae partes decurionum adfuerint, is quoque, quem decernent, numerari potest. L. Plane 4. ff. hoc tit.*

§. 166.

Praeferenda videtur postrema haec sententia, utpoteque apertissime in jure canonico tradita est, cujus definitiones passim in foro recipiuntur, ubi deficiunt leges civiles; nec ab aequitate, aut a Romanorum legibus abhorret. Nemo saue inficiatur; nec ipse Voet, quin haec sit juris Pontificii sententia. Demonstrandum igitur est, eam nec aequitati, nec Romanis legibus adversari: quod ut elucescat, cavendum est, ne duo confundantur, prout confundere videtur laudatus auctor, quae tamen longe diversa sunt: scilicet aliud est pro se ipso ferre suffragium: aliud est, suffragio pro se ab aliis lato consensum praebere. Primum ambitiosum est, nec diffitemur: non alterum; ne alioquin dicere cogamur, neminem munus delatum sponte acceptare posse, nisi et invitus superioris auctoritate adstringatur. Cum ergo dicimus, praeferendum in electione eum esse, qui aequalem numerum suffragiorum cum alio habeat, non ita agendum putamus, quasi et hic sibimetipsi suffragium dare possit; sed, quia electioni ab aliis factae consentiendo, videatur alterum suffragium caeteris addidisse, quo praeferri debeat; ita suadente, non quidem hujus utilitate, sed publica totius universitatis, quae exigit ne diu vacent civilia officia; et dissidiis, quae ex dilatione facile oriuntur, aditus praecludatur.

§. 167.

Atque hinc patet, juris canonici definitionem in leges civiles non impingere, quae publico munere fungentibus prohibent, ne aliud ejusdem generis officium propria sibi deferant auctoritate: non autem definiunt, suffragium ejus, qui jam ab aliis creatus fuerit, eam vim non habere, ut nominationi consentiens, quasi majori suffragiorum numero suffultus, praeferri caeteris debeat. Quin potius, in hanc sententiam se propendere, satis significat Paulus, cum electum quoque connumerandum tradit, ut duae partes adfuisse dicantur (1); adeoque etiam a majori parte factum, quod tamen etiam ab eo factum consequenter dici debet, qui propriae electioni consentit.

(1) *D. l. 4. ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10 tit. 31.

§. 168.

Suffragia decurionum publice, et uno actu ferri debere, communis interpretum sententia est, quin sufficiat ea separatim praestari (1); saltem cum non omnes in eandem personam, vel rem conveniunt: adeoque non aliter valere potest actus, nisi quatenus major pars trahit ad se minorem; tum quia consensus publice, et simul praestitus magis deliberatus videri potest; tum quia fraudibus, et collusionibus facile locus esset, si clam, et separatim suffragia ferrentur.

(1) *Thes. dec.* 257. *num.* 8., *Losaeus de jure universitat. par.* 1. *cap.* 3. *num.* 84.

§. 169.

Eadem ratio facit, ne aliter legitime congregata censeatur universitas, quam si in locum publicum, et solitum omnes convenerint (1): nisi gravissimum obstet aliquod impedimentum, puta belli, pestis, et similium; necessitas enim, quae sub lege non est, excusat a solemnibus (2).

(1) *In locum Curiae convenire. L. Quoties ult. cod. de legationib.* (10. 63.) *Observare oportebit Magistratus, ut decurionibus solemniter in Curiam convocatis, nominationem ad certa munera faciant. L. Observare* 2. *cod. de decurionib.* (10. 31.)

(2) *Losaeus d. cap.* 3. *num.* 72.

§. 170.

An consilia universitatum haberi possint in Ecclesiis, non consentiunt interpretes. Quidam affirmant, negant alii. Generatim apud nos vetitum est, ne universitatum laicalium consilia in Ecclesiis habeantur (1).

(1) *Reg. Constit. lib.* 1. *tit.* 3. §. 1.

§. 171.

Expendimus, a quibus eligantur universitatum officiales, et quae ratio in electione servanda sit; investigandum sequitur, qui possint eligi. Atque hic in primis statuendum est, nonnisi eos, qui bona possideant, ut ita cautum sit Regio Fisco, universitati et creditoribus, tum honesti nominis personas, bonis moribus praeditas, et quae artes viles non exerceant, ad officia universitatum assumi posse; quia dignitatem, et honorem in universitate habere videntur, qui hisce funguntur muneribus (1).

(1) *L. Cum decurionatus* 5., *l* 46. *cod. hoc tit.*, *l. Spurii* 6. *ff. de decur: etc.* (50. 2.) *Edict. D. Amedei l.* 25. *Decemb.* 1654, *ubi et exigitur, ut sufficientibus facultatibus in eodem loco instructi sint, nec ob praeteritam administrationem debitores. Atque eadem praescribuntur Edict. D. Christinae* 31. *Decembr.* 1646. *V. Borel. pag.* 1102. *et seqq.*

§. 172.

Hinc apud Romanos infames non solum a suscipiendo decurionatus munere, sed et a suscepto removebantur (1): nec libertus, qui jus annulorum aureorum adeptus non fuisset, vel natalibus restitutus, ad decurionatus dignitatem aspirare poterat (2).

(1) *L. Infamia* 8. *cod. hoc tit.*

(2) *L.* 1., *et* 2. *cod. si serv., aut libert. ad decurionat. aspir.* (10. 32.).

§. 173.

Neque his adversatur, quod spurii, et incestuosi, qui tamen non omnino integrae existimationis habentur, ad decurionatus officium admittantur (1); nam, praeterquamquod rectius defendunt plures, nulla infamiae nota laborare spurios, cum vitium parentum ipsi ferre non debeant, regulae generalis exceptio in hoc casu admissa dici posset, si modo et re, et vita honesti sint, nec alium habeant competitorem legitimum; tum ita suadente utilitate universitatis, cujus interest, ut completus ordo decurionum sit (2); tum quia, licet honor, et dignitas decurionatui annexa sint, gravissimum tamen onus simul continet; a quo immunes esse non decet filios propter parentum crimen.

(1) *L. Generaliter* 3. §. *Spurios* 2., *l. Spurii* 6. *ff. de decur.* (50. 2.)

(2) *D. l.* 3. §. 2.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 174.

Majorem vim facere aliquibus videtur, quod tradit Ulpianus, ex rescripto Imperatorum, Judaeis permissum esse, ut honorem decurionatus adipiscantur (1); quos tamen certum est ab omni dignitate excludi (2); quare, ut se hinc extricent, respondent, Judaeis decurionatum permitti, quatenus munus, sive onus est, non quatenus dignitas. Verum, praeterquamquod responsio haec ab Ulpiano ipso evertitur, ajente, Judaeos non prohiberi, quominus honores adipiscantur (3); quomodo concipi potest distinctio haec oneris ab honore in eo, qui officio integre fungitur, quemadmodum caeteri, qui et honorem, et onus habere censetur? Rectius ergo respondetur, Judaeos, tamquam Romano Imperio subditos, ab Ethnicis Imperatoribus ad decurionatum admissos fuisse, prohibitos vero ab Imperatoribus Christianis, qui in poenam enormissimi sceleris, quo vitae Auctori mortem crudeliter consciverunt, et pervicaciae, indigni visi sunt quibuscumque honoribus, et dignitatibus. Hinc Theodosius, et Valentinianus (4) a quibuscumque administrationibus, et dignitatibus, et specialiter a decurionatu extorres eos esse jusserunt.

(1) *D. L. 3. §. ult. ff. de decurionib.* (50. 2.)
(2) *L. ult. cod. de Judaeis* (1. 9.).
(3) *D. L. 3. §. ult.*
(4) *In d. l. ult. cod. de Judaeis.*

§. 175.

Cum ergo decurionatus inter dignitates computetur, jure fuerunt decurionibus plurima privilegia concessa. Primum est, ne torqueri possint, excepto crimine laesae majestatis (1): quin intersit, utrum officium retineant adhuc, an deposuerint; quippe eo deposito in vim pristinae dignitatis ab hac poena eximi traditur (2); nullatenus obstante contraria quacumque consuetudine, quam veluti temerariam sub gravi poena attendendam nolunt Imperatores (3). Alterum privilegium est, ne possint, inconsulto Principe, morte damnari, nec in metallum, aut opus metalli, (4): imo nec relegari (5).

(1) *L. Decuriones* 16. *cod. de quaest.* (9. 41.)
(2) *L. Nihil sibi* 17. *cod. eod. tit.*
(3) *L. Omnes judices* 33. *cod. hoc. tit.*
(4) *L. Moris est.* 9. *§. Istae ferre* 11. *ff. de poenis* (48. 19.).
(5) *L. Divi fratres* 27. §. 1. *ff. eod. tit. de poen.*

§. 176.

Tertium privilegium decurionum in eo consistit, quod, si lapsi sint facultatibus, alimenta eis decerni debeant ex publicis bonis; maxime si ob munificentiam in patriam eo devenerint (1). 4. Successiones decurionum, qui sine testamento, et sine legitimo haerede decesserint, non ad fiscum, sed ad ordinem perveniunt (2). 5. Ab extraordinariis muneribus immunes sunt (3); quin et a patrimonialibus, si duodecim liberos habeant (4). Sextum tandem privilegium eo tendit, ut filius naturalis Curiae datus legitimus efficiatur (5)

(1) *L. Decurionibus* 8. *ff. de decurionib.* (50. 2.)
(2) *L. Intestatorum* 4. *cod. de haereditat. deourion.* (6. 62.)
(3) *L. Curiales* 21. *cod. hoc tit.*
(4) *L. Si quis decurio* 24. *cod eod. tit.*
(5) §. *ult. instit. de nuptiis* (1. 10.).

§. 177.

Non memoro inter privilegia decurionum, ut quidem faciunt, necessitatem decreti in venditione bonorum immobilium ad eos pertinentium (1): dixi in venditione; caeteri enim contractus, et ipsae donationes rerum immobilium decurionibus permittebantur (2); tum quia onus potius videtur decurionibus impositum in utilitatem universitatis, cujus interest, divites habere administratores, ne ob proprias angustias a munere suo distrahantur (3); tum quia ex communi sententia a foro exolevit haec Romanorum jurisprudentia.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

(1) *L.* 1., *l. ult. cod. de praed. decurion.* (10. 33.)
(2) *D. L. ult.*
(3) *L. Ad subeunda* 46. *cod. hoc tit.*

§. 178.

Caeterum non tantum patres, sed etiam filiifamilias ad decurionatus honorem admittuntur, itaut pater obstrictus sit, si nominationi consenserit, vel ratam habuerit (1): consensisse autem, singulari plane jure, censetur, nisi contrariam voluntatem publica aliqua ratione demonstraverit (2). Caeterum pater, et filius, vel plures fratres ejusdem potestati subjecti non tantum invicem sibi suffragium dare possunt (§. 163.), sed simul eodem honore potiri, nisi obstet specialis lex, aut consuetudo (3).

(1) *L. Quotiens filiusfamilias* 2. *ff. ad municipal* (50. 1.), *l. Spurii* 6. §. *Pater* 4. *ff. de decurion.* (50. 2.), *l.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *Ad decurionatum filii ita demum pater non consentit, si contrariam voluntatem vel apud acta praesidis, vel apud ipsum ordinem, vel quo alio modo contestatus sit. L. Honores* 7. §. *ult. ff. de decur.*

(3) *L. Item* 6. *ff. hoc tit.*

§. 179.

Quod pertinet ad minores, eos decuriones creari non posse, nec suffragium multo minus ferre, tradit Ulpianus (1). Papinianus autem jure suffragii eos quidem excludit; sed supponere videtur, non impediri, quominus decurionatus dignitatem adipiscantur (2). Uterque jureconsultus conciliari potest, si dicatur, Ulpianum, dum negat minorem ad decurionatum assumi posse, ad jus suffragii respexisse, in quo hujusce dignitatis vis potissimum elucet; convenientiorem tamen publicae utilitati Ulpiani sententiam nemo diffitebitur, qui perpenderit, aequum non esse, ut illi, qui privatis suis negotiis gerendis idoneus non est, publicae res committantur; nec ut in numerum decurionum referantur ii, qui reipublicae administrandae apti non sunt; atque ita, completo decurionum numero, contingat, ut removeri debeant alii, qui opera, et consiliis prodesse possent. Exceptio forte admittenda esset in illis, qui a legitima aetate non multum distant, si justa caussa interveniat: puta si alii non inveniantur, vel ita ferat legitima consuetudo, aut municipalis lex (3). Inceptus annus hic habetur pro completo, sed ita, ut honor quidem minori concedi possit, non autem publicae rei administratio (4).

(1) *L. Ad rempublicam* 8. *ff. de munerib., et hon.* (50. 4.)
(2) *L. Spurii* 6. §. 1. *ff. de decurionib.* (50. 2.)
(3) *L. Non tantum* 11. *ff. eod. tit.*
(4) *D. L. Ad rempublicam* 8. *ff. de mun., et honor.*

§. 180.

Quod de minoribus modo dictum est, potiori ratione obtinet in foeminis, quas ab omnibus civilibus officiis repellendas, et consilii imbecillitas, et sexus verecundia suadent (1).

(1) *L. Foeminae* 2. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 181.

Cum reipublicae intersit, ut praesto sint, qui munera civilia obeant, et publico bono prospiciant (1); et quisque civis ita affectus esse debeat, ut publicam utilitatem, quantum in se est, foveat, etiam cum privato sui ipsius dispendio; hinc nemo civilia munera lege, consuetudine, vel legitima auctoritate delata recusare potest, nisi justam habeat excusationis caussam, quemadmodum etiam tutores ad gerendam tutelam coguntur (2).

(1) *L.* 1. *ff. de vacat., et excusat. mun.* (50. 5.)

(2) *L. Praetor* 13. §. *Qui autem* 2. *ff. eod. tit.*, *l. Si quis Magistratus* 9. *ff. de mun., et hon.* (50. 4.), *l. Si ad Magistratum* 18. *cod. hoc tit.*, *cit. Edict. D. Christinae* 31. *Decembris* 1646. *pen. Borel. pag.* 1104.

§. 182.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 5. Cod. l. 10. tit. 31.

Hinc traditum est, cogi posse civem, ut redeat ad eum locum, unde traxit originem, et munera personalia, si quae urgeant, suscipiat (1); saltem si in fraudem originis domicilium mutaverit (2). Immo ex aliquorum sententia, si recenset subire munera publica, ad quae electus fuit, poterit in carcerem detrudi; et, quamvis coactus officium suscipiat, solitas tamen fidejussiones praestare tenetur (3).

(1) *Decuriones, quos sedibus civitatis, ad quam pertinent, relictis in alia loca transmigrasse probabitur, praeses provinciae in patrium solum revocare, et muneribus congruentibus fungi curet. L. 1 ff. de decurionib.* (50. 2.)

(2) *Fab. cod. de munerib. patrimonialib. lib.* 9. *tit.* 30. *def.* 24. *num.* 14. *in corp.*, *et num.* 16. *in allegat.*

(3) *Ab-Eccles. obs. forens. par.* 1. *obs.* 162. *num. ult. Jure Regio praefectus provincialis tributorum potest decernere poenam pecuniariam, nisi statuto loci jam decreta sit, contra officiales universitatum, qui vocati, nec legitime impediti, ad consilium venire detrectaverint. Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 1. *cap.* 4. §. 14.

§. 183.

Verum, quia, etiamsi publica utilitas privatae anteponenda sit, aequitas tamen non patitur, ut cum gravissimo unius incommodo reipublicae praestetur, quod per alium commodius potest exhiberi; tum et eadem suadet, ut recta fiat, et aequabilis munerum distributio; hinc plures etiam caussae sunt, quibus a subeundis publicis muneribus quis eximatur. Praetermittimus caussas, quae vel volentes ad munera publica non admittunt; quales sunt minus honesta conditio (§. 172.), aetas minor (§. 179), sexus fragilitas (§. 180.), debitum erga rempublicam ex administratione contractum (1). Aliae item sunt, quae volentes admittunt, sed invitos non cogunt, sicut in tutela, et cura contingit (§. 850. 2.). Illud autem peculiare hic est, ut, non per viam simplicis allegationis, quemadmodum in tutela, et cura, sed per viam appellationis proponendae sint excusationis caussae, et quidem intra praefinitum tempus (2).

(1) *L.* 6. §. 1. *ff. de munerib., et honor.* (50. 4.)

(2) *L.* 1. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de vacat.*, *et excusat. mun.* (50. 5.)

§. 184.

Inter excusationis caussas recensetur 1. Ætas major annis quinquagintaquinque: ita tamen, ut, si munus delatum sponte susceperint, cum postea majores erunt septuaginta annis, honores adhuc gerere debeant, idest administrationem reipublicae cum dignitatis gradu obire, ut explicat Callistratus (1): non autem munera, quorum nomine, auctore eodem jureconsulto, venit administratio reipublicae cum sumptu quidem, sed sine gradu dignitatis (2). Ita suadet aequitas, et reipublicae utilitas (3).

(1) *L. Honor* 14. *ff. de mun.*, *et hon.* (50. 4.)

(2) *D. L.* 14 §. 1.

(3) *L. Qui ad tempus* 2. *ff. de decur.* (50. 2.)

§. 185.

Excusat praeterea a muneribus civilibus numerus liberorum (1), idest quinque (2); qui tamen legitimi, et naturales sint; quippe adoptivi naturali patri prosunt (3): et adhuc vivant, nisi forte in acie decesserint (4): et jam eo tempore nati, quo munus defertur; etenim liberi post geniti a suscepto munere non liberant (5). Non autem hic inspicitur patria potestas; quia immunitas haec, quamquam ex legitimo impedimento profluit, privilegii tamen naturam sapit, et remunerationis iis concessae, qui liberis civitatem repleverunt. Quare liberi emancipati patri prosunt ad excusationem (6): et similiter nepotes in vicem parentis succedunt (7). Singulari tamen jure hic constitutum est, ut, qui numero liberorum excusationem postulat, si filium habeat aetatis legitimae, cum muneribus publicis statim applicare debeat (8).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

(1) *L. Sextumdecimum* 2. §. 1. *ff. de vacat., et excusat. mun.* (50. 5.)
(2) *L. De personalibus* 5. *cod. de his, qui num. lib.* (10. 51.), *l.* 3. §. 6. *ff. de mun., et hon.* (50. 4.)
(3) *D. L.* 1. §. 2. *ff. de vacat., et excusat. mun.*
(4) *L. ult. ff. de vacat., et excusat. mun.*
(5) *D. L.* 2. §. *Qui ad munera* 3.
(6) *D. L.* 2. §. *Incolumes* 5. *ff. de vacat., et excusat. mun.*
(7) *L.* 3. *cod. de his, qui num. lib.*
(8) *L. ult. cod. de his, qui num. lib., d. l. Et qui originem* 3. §. *Quamvis* 6. *ff. de mun., et honor.*

§. 186.

His addi debet inopia (1), et adversa corporis valetudo, quae tamen graves admodum sint; atque ex prudenti judicis arbitrio pendent (2). Absentia reipublicae caussa (3). Excusantur quoque professores artium liberalium (4): non tamen, qui pueros primas litteras docent, nisi singularia rerum adjuncta aliud suadeant (5): redemptores vectigalium fisci, qui negotium actu exerceant (6), veterani (7); artifices (8), non sane omnes, sed ii tantum, qui utiliorem reipublicae, nec facile cum decurionatu conciliandam, artem colunt (9). His addi possunt, qui inimicitiae caussa nominati fuerint (10): vel alium magis idoneum eligi posse demonstrare parati sint (11).

(1) *L. Ab his oneribus* 10. §. *Auctis* 3. *ff. de vacat., et excusat. mun.* (50. 5.)
(2) *D. L.* 2. §. *Quem ita* 7. *ff. de vacat., et excusat. mun.*
(3) *L. Tempus vacationis* 4. *ff. eod. tit.*
(4) *L. Medicos* 6. *cod. de proffess., et medicis* (10. 52.).
(5) *D. L.* 2. §. *ult. ff. de vacat., et excusat. mun.*
(6) *L. In honoribus* 8. §. 1. *ff. eod. tit.*
(7) *L. A muneribus* 7. *ff. eod. tit.*
(8) *L. Semper in civitate* 5. §. *ult. ff. de jure immunit.* (50. 6.)
(9) *Referuntur hi in l.* 1. *cod. de excusat. artificum* (10 64.).
(10) *L. un. cod. si propter inimicit.* (10. 66.)
(11) *L. un. cod. de potiorib. ad mun. nomin.* (10. 65.)

§. 187.

Caeterum non, sicut municipes inviti coguntur administrationem suscipere, ita universitas cogi potest eos admittere, qui sponte se offerunt, immo potius suspecti videntur, qui gravissimum onus ambiunt, atque eo ipso rejiciendi: maxime si pecuniam obtulerint, ut admitterentur (1); quemadmodum de iis dictum est, qui tutelae, vel curae se sponte immiscere volunt (§. 909. 2.). Hinc ex rationis identitate consequitur, communitatem invitam cogi non posse, ut novum secretarium suscipiat, quamvis se se offerat minori salario; tum quia eo ipso videatur suspectus, qui judicio contendit, ut in antiqui secretarii locum subrogetur: tum quia non debet communitas invita, procuratorem accipere (2). Neque favet salarii deminutio; quia non debet communitati invitae beneficium conferri (3); si tamen beneficium est.

(1) *L. Æstimationem* 16. *princ.*, et §. 1. *ff. de muner., et hon.* (50. 4.)
(2) *Invitus procurationem suscipere nemo cogitur. L. Invitus* 17. *cod. de procurat.* (2. 13.)
(3) *Invito beneficio non datur. L.* 69. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 188.

Quod ad modos pertinet, quibus finiatur administratorum officium, non una certa, et generalis regula tradi potest. Penes Romanos singularia munera, quae decurionibus injungebantur, certo tempore circumscripta erant, sed decurionatus officium perpetuum fuisse videtur, nisi forte quis ob crimen removeretur; vel post susceptum munus gravius

alterum onus ipsi injunctum fuisset, quod cum decurionatu simul exerceri non posset: puta legatio pro republica. Sed hodie non eadem apud diversas nationes viget jurisprudentia; imo nec in eodem imperio diversa loca eodem jure reguntur. Ergo consulenda sunt locorum statuta, vel receptae consuetudines; non tantum, cum quaeritur de modis, quibus desinat officium decurionum, seu consiliariorum, aliorumque officialium, sed et in caeteris, quae ad hanc materiam pertinent; quae enim ex jure Romano attulimus, lucem quidem afferre possunt; non autem certam, et, quae ubique vigeat, regulam demonstrare. Unum hic adnotare sufficiat, ex Regiis Sanctionibus facultatem tribui provincialium tributorum praefecto, ut possit, si ita expedire videatur, numerum consiliariorum augere, vel minuere; aut removere eos, quibus aliquid objici possit, quominus admittantur (2).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 10. tit. 31.

(1) *L. Qui ad tempus 2. princ., et §. 1. ff. de decurion. (50. 2.)*
(2) *Reg. Constit. lib. 6. tit. 1. cap. 4. §. 8.*

§. 189.

Inter modos, quibus administratorum officium finiatur, non memoravi tempus, jure enim Romano inspecto perpetua erat decurionatus dignitas (1), ut modo diximus (§. praeced.). Nec eo magis aliquod intermedium vacationis tempus praescribebatur. Non dubium tamen, quin lege municipali aliud constitui possit; vel consuetudine, quae tamen legitime inducta probetur (2).

(1) *L. Cum decurionatus 3., l. Decurio 4. cod. hoc tit.*
(2) *L. De quibus caussis 32., et ll. seqq. ff. de legib. (1. 3.)*

§. 190.

Hisce breviter praenotatis, quae ad electionem, et qualitates decurionum pertinent, tum ad modos, quibus a munere suscipiendo, vel suscepto excusentur, vel desinat eorum officium, ordo postulat, ut de eorum munere, et auctoritate agamus: ea quippe est omnium officiorum indoles, ut potestatem quidem aliquam annexam habeant, sine qua ea, quae officii sunt, executioni demandari non possent; sed et simul onus plerumque multo gravius adjunctum ferri debet.

CAPUT IV.

De munere, et auctoritate administratorum.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 50. tit. 8. *De administratione rer. ad civit. pertin.*

SUMMARIA.

Administratores omnes tenentur publicam rem diligenter curare, praestita etiam cautione. Recensentur praecipuae species officiorum, quae apud Romanos in usu erant pro administrandis rebus universitatis. §. 191.

Ad negotia universitatis in judicio prosequenda constituebatur syndicus. Syndicus universitatis idem fere est, ac procurator privatorum. §. 192., *et* 193.

Olim, cum non liceret alieno nomine in judicio experiri, permissum tamen fuerat agere pro universitatibus; sed hodie privati universitatibus in hoc exaequati sunt. §. 194.

Exponitur ordo, quo de munere administratorum dicendum est. §. 195., *et* 196.

§. 191.

Cum administratorum omnium non idem officium sit, neque idem onus esse debet. Generaliter quidem omnes tenentur communem rem opera, et consiliis adjuvare, publicam

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8.

utilitatem enixe curare, quae ipsis specialiter commissa est. Omnes insuper cautionem praestare tenentur, se diligenter, atque ex fide administraturos (1): licet inviti onus susceperint (2): prout autem diversis vacant officiis, diversa quoque onera subeunt. Apud Romanos alii rei frumentariae praeficiebantur (3); alii cura rerum immobilium civitatis credita erat, qui curator reipublicae dicebatur (4); quamquam et alii administratores hoc nomine aliquando donantur. Quidam pecuniae ad universitatem pertinentis potissimum curam habebant; curatores calendarii nominati (5), Alii curatores operum appellantur (6), quibus extruenda, vel reficienda aedificia publica mandabantur (7). Alii demum ordinem curiae gubernabant, pretia constituebant rebus venalibus. Et haec quidem officia ad negotia extrajudicialia pertinebant.

(1) *L. Curatores* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *Ab-Eccles. observat. forens. par.* 1. *obs.* 162. *num. ult.*
(3) *L. Non utique* 2. §. *Quod de frumentaria* 2. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Curatores* 3. §. 1., *l. ult.* §. *Item* 4. *ff. hoc tit.*
(5) *L. ult.* §. 7. *ff. hoc tit.*
(6) *L.* 1., *l.* 2. §. 1. *ff. de operib. publ.* (50. 10.)
(7) *L. ult.* §. *Hi quoque* 10. *ff. de munerib.*, *et honorib.* (50. 4.)

§. 192.

Sed ad negotia universitatis in judicio peragenda syndicus constituebatur (1), qui variis donatur nominibus: modo enim actor vocatur (2); qui tamen alias ab actore distingui videtur, quatenus actor certas tantum universitatis caussas agit, syndicus vero omnes (3): quamquam et syndicum ad certam caussam dari auctor est jureconsultus (4). Dicitur quoque procurator (5): defensor civitatis (6). Sed, quocumque nomine appelletur syndicus, ejus officium est, universitatis caussas agere, easque defendere ex ejusdem mandato. Cum autem eodem munere fungatur syndicus, quo privatorum procuratores (7), consequens est, easdem tum in ejus munere, tum in auctoritate regulas servandas esse, quae in privatorum procuratoribus sunt constitutae. Hoc tamen amplius est in syndico ex communi sententia, quod non tantum in civilibus, sed et in criminalibus universitatis caussis intervenire possit, cum tamen hoc regulariter pro privatis non liceat; quod ex necessitate admitti debet; cum enim universitas sit persona ficta (§. 139.), proprie nec consentire, nec agere, nec conveniri potest per se ipsam.

(1) *L.* 1. §. 1., *l. Item eorum* 6. §. 1. *in fin. ff. quod cujusque universit. nom.* (3. 4)
(2) *D. L.* 1. §. 1., *d. l.* 6. §. 1.
(3) *D. L.* 6. §. *Quid si actor* 2.
(4) *L. ult.* §. *Defensores* 13. *ff. de munerib.*, *et honorib.* (50. 4.)
(5) *Novell.* 123. *cap. Si quando* 27., *ubi de monasteriis agitur.*
(6) *D. L. ult.* §. 15. *ff. de mun.*, *et hon.*
(7) *Actor itaque iste procuratoris partibus fungitur. L. Item eorum* 6. §. *ult. ff. quod cujusq. univ. nom.* (3. 4.)

§. 193.

Hinc universitatem defendere cogitur; regulariter non cavet de rato, nisi forte dubitetur de mandato: actio judicati nec ei, nec in eum datur, sed universitati, et in universitatem, cujus nomine egit: nisi forte in rem suam procurator datus fuerit; atque, si suspectus sit, potest ab officio removeri (1). Praeterea impensas quoque, et damna repetit, nisi forte illicitum mandatum impleverit, quemadmodum in omnibus mandatariis obtinet (2).

(1) *D. L.* 6. §. *ult. ff. quod cujusque universitatis nom.*
(2) §. *Illud quoque* 7. *instit. de mandato* (3. 27.).

§. 194.

Vix monendum est, olim, cum non liceret alieno nomine experiri in judicio, quia

actiones omnes legitimae erant, idest certis, ac determinatis formulis constantes (1); idcirco unusquisque suo nomine praesens eas proponere debebat; permissum tamen fuisse pro universitatibus, sicut pro libertate, et pro tutela agere (2). Quod postea, sublatis illis inanibus formulis, permissum cuique est, ut per procuratores agat (3): exceptis quibusdam actibus voluntariae jurisdictionis, quales sunt emancipatio, adoptio, manumissio, atque ideo universitates privatis in hoc exaequatae sunt. Quare agere quidem universitatis nomine sine mandato nemo potest (4); defendere autem cuique de populo, imo etiam extraneo permissum est, si syndicus nullus sit, vel universitatem defensurus in judicium non veniat, quemadmodum in privatis quoque defensionibus observatur (5).

Inst. 1. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8.

(1) *L. Necessarium* 2. §. *Deinde* 6. *ff. de origine juris* (1. 2.).
(2) *Princip. instit. de iis, per quos ag. pos.* (4. 10.)
(3) *D. princip. institut.*
(4) *L. Nulli* 3. *ff. quod cujusque univers.* (3. 4.)
(5) *L.* 1. §. *penul.*, *et ult. ff. eod. tit.*

§. 195.

Generalia haec, quae ad procuratores, seu defensores universitatum pertinent, simul congessimus, ut uno velut intuitu cognosci possint, quae scitu magis necessaria, et utiliora sunt; quoad eorum munus, et auctoritatem. Haec tamen fusius exponenda sunt. Sed, ut servetur ordo, qui congruentior visus est, cum de tutoribus, et curatoribus ageremus, ea explanabimus, postquam expenderimus officium, et auctoritatem administratorum in contractibus universitatum, et praecipue in alienatione rerum ad universitates pertinentium (1).

(1) *Praetermittimus hic, quae de auctoritate administratorum in condendis decretis, seu statutis quaeri possent: de iis enim jam satis actum est in tit. 2. hujus libri part. 1. cap. 4. §. 264., et seqq. Tom. I. Quod enim diximus, universitatem condere posse statuta* (§. 147.), *per decuriones regulariter fieri solet. Tot. tit. ff. de decretis ab ord. facendis* (50. 9.) *: regulariter, inquam, quia in rebus maximi momenti aliquando congregari solet universitas per capita domorum; quod apud nos regulariter prohibitum est, et constitutum, ut sufficiat duplo major consiliariorum numerus. Edict. 29. April., et 5. Maii 1733. caeterum eaedem omnino leges in condendis decretis observandae sunt, quae in electione singularium administratorum: adeoque consiliarii debent publice, et legitima auctoritate convocari, nisi omnes sponte convenerint* (§. 274. 1.) *; superior conventui interesse debet. Ratum erit quod major pars duarum ex tribus partibus consiliariorum statuerit; si modo publice, et uno actu lata sint suffragia in loco publico, et consueto.* (§. 275., *et seqq.*) *V. infra* §. 204.

§. 296.

Tres ergo erunt hujusce capitis sectiones. In prima agemus de auctoritate administratorum in contractibus universitatum. 2. Explicabit eorum potestatem in alienationibus bonorum ad universitatem pertinentium. In 3. Demum expendemus, quae ad judicia pertinent.

SECTIO I.

De auctoritate administratorum in contractibus universitatum.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 50. tit. 8. *De administrat. rerum ad civit. pertin.*
Cod. lib. 10. tit. 51. *De decurionibus etc.*

SUMMARIA.

Universitates, et collegia licita habent bona, et res communes. Ex his aliquorum

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

usus singulis patet, qui sunt de eadem universitate: quaedam vero ita ad universitatem pertinent, ut nemo iisdem uti possit. §. 197.

Universitas capax est quorumcumque contractuum, non tantum per se ipsam; sed et per legitimos administratores; per quos etiam obligari potest. §. 198.

Ut obligetur universitas per consilium universitatis, requiritur: 1. Legitima consilii congregatio. 2. Matura deliberatio. 3. Justa obligationis caussa. Quod si contractus ab aliquibus administratoribus celebretur, insuper requiritur mandatum, et probatio versionis. §. 199.

Demonstratur, legitimam consilii congregationem requiri ad obligationem universitatis. §. 200.

Demonstratur necessitas maturae deliberationis. §. 201.

Justa obligationis caussa est utilitas publica; non autem singularis privatorum §. 202.

Ad communitatis obligationem regulariter sufficit auctoritas consilii ordinarii § 203.

Omnium, et singulorum consensus requiritur in contractibus, qui tangunt singulos: si tamen caussa necessaria sit, sufficit, duas ex tribus universitatis partibus interesse, quarum major pars consentiat. §. 204.

Administratores singulares universitatis eam non obligant, nisi mandatum habeant. §. 205.

Syndicus habens mandatum cum libera non ideo potest, universitatem obligare in iis, quae ad ipsam non pertinent. §. 206.

Syndici confessio universitatem per se non obligat; nec obligatur universitas ex intimatione sequestri facta in personam syndici, nisi debitum postea justificetur. An syndicus possit nullum dicere contractum, vel indemnitatem promittere? §. 207.

Non sufficit generale mandatum, sed speciale requiritur, nisi in rebus levioris momenti. Mandatum non tantum allegari, sed et exhiberi debet. §. 208.

Mandatum regulariter non praesumitur, nisi in antiquis. In actibus continuis, et successivis sufficit scientia, et patientia universitatis. §. 209.

Subsistit quoque contractus, sine mandato ab administratoribus celebratus, per ratihabitionem expressam, vel tacitam universitatis. §. 210.

Ratihabitio vim tribuit hisce contractibus, quamvis tempore ratihabitionis lectum non fuerit istrumentum contractus, si communitas exceptionem hanc non opposuerit: nisi ignorantiam probet universitas. §. 211.

Praeter mandatum adhuc versio requiritur; alioquin soli administratores tenentur § 212.

Versum reputatur in alterutrius utilitatem, cum melior ejus conditio facta est; vel id actum, ne fieret deterior. §. 213.

Si constet, pecuniam ad universitatem pervenisse, etiam non probata versione, ad restitutionem cogitur universitas. §. 214.

Cum praesumptio est pro versione, universitas, quae eandem negat, probare debet: alioquin alteri contrahenti versionis probatio incumbit. §. 215.

Praesumitur versio in rem universitatis, cum haec legitime congregata, seu ejusdem consilium, pecuniam accepit, vel contractum celebravit. Idem est, si Ecclesia praesente capitulo, et praelato pecuniam habuerit. §. 216.

Versa quoque praesumitur pecunia in utilitatem communitatis, quae data est legitimo administratori habenti mandatum cum libera ad contrahendum, vel mandatum speciale ad pecuniam mutuo accipiendam. §. 217.

Non praesumitur versio, cum pecunia mutuo data est administratori simplicem administrationem habenti; non autem speciale mandatum. §. 218.

Probatur versio per testes, per istrumenta, tum etiam ab eventu. §. 219.

Si deficiat mandatum, et versio, communitas nullatenus obligatur. Sed si mandato

deficiente versio demonstretur, universitas debet restituere pecuniam cum usuris: administrator autem solvit alteri id, quod interest. §. 220.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

Proprio nomine obligatur administrator. 1. *Cum pecuniam accipit nulla facta mentione officii: quin intersit, utrum mandatum habeat, necne.* §. 221.

2. *Cum administrator, speciale mandatum non habens, in contractu tamen professus fuit, se universitatis nomine mutuam pecuniam accepisse; atque in hoc casu etiam finito officio potest conveniri.* §. 222., *et* 223.

Administratores, qui universitatis nomine se obligaverunt, tantum durante officio conveniri possunt: qui vero proprio nomine adstricti sunt, etiam post depositum officium tenentur. §. 224.

Administrator, qui instrumento protestatus fuerit, nolle se obligare, finito officio conveniri non potest, dummodo pecuniam verti curaverit in rem universitatis. §. 225.

Administrator, qui promisit, se pecuniam restituturum, non exprimens, quo nomine, praesumitur nomine universitatis promisisse. §. 226., *et* 227.

Creditor dici nequit secutus fidem administratoris, sed potius universitatis, cujus nomine administrator professus fuit, se pecuniam accepisse. §. 228.

Administrator aliquando conveniri potest proprio nomine. §. 229.

Consultius agit administrator, qui, universitatis nomine contrahens, declarat, se nullam obligationem suscipere velle. §. 230.

Si administrator tamquam correus se obliget, potest in solidum conveniri. §. 231.

Executio sententiae, contra universitatem latae, regulariter fieri nequit adversus consiliarios, nec contra syndicos. §. 232.

Cum administratores, prae negligentia, universitatis debita non solvunt, executio fieri potest in solidum contra quemlibet eorum; si modo praevia monitio fiat. §. 233.

Facilius permitti debuit executio contra administratores, qui universitatem repraesentant, et bonorum partecipes sunt, quam adversus tutores, vel curatores. §. 234.

Finito officio fieri nequit executio contra administratores, quamvis tempore administrationis jam fuissent in mora. 235.

Exceptio est 1. *Cum administrationis rationes adhuc non reddiderunt.* §. 236.

2. *Cum per negligentiam, aut dolum eorundem factum est, ut inopes administratores sufficerentur. Si nullius culpae rei sint, communitas alium administratorem magis idoneum eligere cogitur.* §. 237.

3. *Exceptio est, cum executio jam coepta fuit durante officio contra administratores* §. 238.

Novatione quoque fieri potest, ut finito officio administratorum obligatio subsistat. §. 239.

Cum aliud sit universitas, aliud singula universitatis membra, quod debet universitas, peti nequit a singulis ejus membris; nec fiscus in hoc privilegium habet. §. 240., *et* 241.

Si pro debito universitatis singuli specialiter se obligaverint, poterunt singuli in solidum conveniri. §. 242.

Correi habent quidem beneficium divisionis, nisi in solidum quilibet spoponderit, cum distributive obligati sunt; non autem quando collective ad obligationem accedunt. §. 243.

Universitates, quae superiorem habent, nunquam possunt singulos, aut eorum bona obligare, nisi consentiant: quae autem suprema potiuntur auctoritate, in casu necessitatis, et ex publica caussa singulos obligare possunt. §. 244., *et* 245.

Administratores universitatum non possunt, pecuniam universitati datam in alium, quam qui praescriptus est, usum convertere: nisi ex Principis concessione. §. 246.

Administratores universitatis non tantum solvere debent, sed et exigere; alioquin

Inst. l. 2 tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31. *de usuris tenentur. Possunt ex justa caussa modicam dilationem debitoribus ad solvendum indulgere.* §. 247.

Pecunias publicas nonnisi sub pignoribus credere possunt. Communitas regulariter non potest debitores cogere, ut ante tempus solvant: nec debitoribus universitatis convictis denegatur beneficium appellationis. §. 248.

Universitatis administratoribus transigere permittitur, servatis tamen solemnitatibus alienationum, si ex caussa transactionis rei immobilis distractio fiat. §. 249.

Administratorum officium individuum est, et commune periculum. Unus potest gerere, et contrahere, nisi obstent statuta, vel consuetudo. §. 250.

Neque per se, neque per interpositam personam emere, aut locare possunt res universitatis; alioquin in quadruplum condemnantur. §. 251.

Transitio. §. 252.

§. 197.

Jam supra ostendimus (§. 123.), universitates, et collegia licita habere bona, et res communes, quemadmodum personae singulares: puta fundos, pascua, salinas, nemora pecuniam, aedificia, bona emphyteuticaria (1); atque bona haec non singulorum sunt civium, municipum, vel universitatis membrorum, sed universorum (2). Rerum autem universitatis aliae sunt, quarum usus singulis patet, qui sunt de eadem universitate, veluti stadia, balnea; alia quae ita propria universitatis sunt, ut nemo iisdem uti possit. Hine, quamvis pascua universitatis ut plurimum quoad usum singulorum sint, non tamen in omni casu, ut suo loco ostendemus. Inspiciendus igitur est modus, quo universitas res has comparavit: an pro singulorum usu, necne. Quinimo in eo casu, quo liceat privatis uti rebus universitatis, cum proprie nec usumfructum, nec usum habeant, sed tantum utendi quandam facultatem, ut loquuntur pragmatici; licebit universitati, certis anni tempestatibus usu permisso, eundem in aliis ad communem utilitatem prohibere.

(1) *L.* 1. *§.* 1. *ff. quod cujusq. universit.* (3. 4.), *l. Bona civitatis* 15., *l. Inter publica* 17. *ff. de verb. significat.* (50. 16.), *tot. tit. cod. de divers. praed. urb., et rustic.* (11. 69.).

(2) *L. In tantum* 6. *§.* 1. *ff. de divisione rerum* (1. 8.).

§. 198.

Cum ergo universitas quaecumque bona tum mobilia, tum immobilia possidere facto et jure possit, consequens est, quorumcumque contractuum eam capacem esse, non tantum per se ipsam, quod tamen difficillimum est, et regulariter non permittitur (§. 124.); sed per legitimos administratores, seu consiliarios: quemadmodum et per eosdem restituere potest fideicommissariam haereditatem non tantum extraneis, sed iisdem quoque decurionibus; quin videantur hi sibimetipsis restituere (1); quia non videntur singuli facere, quod facit universitas, ut nec debere, quod universitas debet (2). Atque hine non tantum alios sibi, sed et se aliis obligare universitas potest (3); quamvis enim diei soleat, universitatem, quatenus persona ficta est, consentire non posse (4); nihil tamen impedit, quominus per administratores, qui eam repraesentant, consensus, et obligationis capax dicatur.

(1) *L.* 1. *§. Si autem collegium* 15. *ff. ad S. C. Trebel.* (36. 1.)

(2) *L. Sicut municipum* 7. *§.* 1. *ff. quod cujusque univers.* (3. 4.)

(3) *D. L.* 7. *princ.*, *l.* 9. *ff. eod. tit.*, *l. Civitas* 27. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(4) *Ut vulgo colligunt interpretes ex l.* 1. *§. ult. ff. de acquir. vel amit. posses.* (41. 2.)

§. 199.

Sed, ut universitas obligetur, plures requiruntur conditiones, quarum aliquae generales sunt, et cujuscumque generis universitati conveniunt; speciales aliae, quas, praeter generales, quaedam universitates exigunt. Generales conditiones sunt 1. Legitima consilii

congregatio. 2. Matura deliberatio. 3. Justa obligationis caussa. Quod si contractus, non ab ipsa universitate, seu, prout hic intelligendum est, non ab omnibus consiliariis simul legitime congregatis, qui universitatem repraesentant, celebratus sit, sed a rectoribus, aliisve universitatis nomine, requiritur insuper mandatum, et probatio versionis in utilitatem ejusdem universitatis. Singula expendamus.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 200.

In primis ergo ad obligationem universitatis requiritur legitima consilii congregatio (1); quod jam adstruimus; scilicet consiliarii, et syndici de mandato judicis congregari debent in loco solito, praecedente citatione verbali facta a praecone, vel sonitu campanae, aut voce tubae, et cum assistentia judicis (2); cum enim omnia haec necessaria sint; ut demonstravimus, cum de officialium electione agebamus, potiori ratione requiruntur, ubi universitas obliganda est; quippe in officialium nominatione auctoritatem quidem impertitur, suae tamen utilitati potius, quam administratorum consulit: hic autem, ubi de obligatione quaestio est, in id potissimum enitendum; non ut commodum sentiat, sed ne incommodum patiatur; quod (3) difficilius admitti debet. Receptum tamen vulgo est, ut congregatio in antiquis legitima praesumatur (4).

(1) *V. supra* §. 155., *ubi de electione administratorum.*

(2) *L. Observare* 2. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Arianus ait.* 47. *ff de obligat.*, *et action.* (44. 7.)

(4) *Losaeus de jure universitat. par.* 1. *cap.* 3. *num.* 80.

§. 201.

2. Requiritur matura deliberatio (1): cum enim administratores universitatum tutorum, et curatorum vice fungantur (2), ita tamen ut diligentius prospicere debeant universitatis utilitati, quatenus communis utilitas privatae longe praestat, nonnisi praevia matura deliberatione, et diligenti inquisitione in universitatis obligationem consentire debent; ne ex praecipiti festinatione ei noceant, cujus commoda tum ex vi officii, tum ex insito patriae amore, tum et ex propriae utilitatis ratione curare debent.

(1) *Losaeus d. cap.* 3 *num.* 90., *et. seqq.*

(2) *Losaeus de jure universitatum part.* 1. *cap.* 3. *num.* 111.

§. 202.

3. Justa obligationis caussa adesse debet: sane cum ne quidem subsistant obligationes eorum, qui libere de rebus suis disponunt, nisi justam habeant sese obligandi caussam (1), ita suadente aequitate, seu aequalitate in contractibus servanda, multo minus vires habere debet universitatis obligatio, quae justam non habeat caussam. Caussa autem haec utilitas publica est; universitas enim ob commoda privatorum gravari non debet (2); quemadmodum nec privati universitatis obligationes sustinent, ut inferius ostendemus. Non tamen omnino opus est, ut specifice exprimatur caussa obligationis; si enim Principis dispensatio intervenerit, praesumptio pro veritate stabit, quamvis vage tantum, et generice caussa expressa fuerit (3).

(1) *L.* 1. *princ.*, *et.* §. *seqq.*, *et tot. tit. ff. de condict. sine caussa* (12. 7.).

(2) *L. Sicut municipum* 7. §. 1. *ff. quod cujusq. univ. nom.* (3 4.)

(3) *L. Ab ea parte* 5., *l. Quotiens operae* 18. §. 1. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 203.

Diximus, ad communitatis obligationem requiri legitimam consilii convocationem, et congregationem, ut significaremus, regulariter sufficere in contractibus universitatis auctoritatem consilii ordinarii (1); quippequod universitatem integram repraesentet. Non tamen necesse omnino est, ut exprimatur, duas ex tribus partibus consilio interfuisse, si modo hoc aliunde probari possit: puta testibus, vel subscriptione consiliariorum (2).

(1) *V. supra* §. 159. *Hinc traditur, non prodesse mandatum superioris, ex quo omnes vocati fuerint, nisi duae ex tribus partibus intersint.*

(2) *V. quae diximus* §. 160.

Inst. l. 2 tit. 1. ff. l. 5 2. tit. 8 Cod. l. 10 tit. 31.

§. 204.

Aliqui tamen casus sunt, in quibus consilium ordinarium universitatem adstringere nequeat, sed omnium, et singulorum consensus requiritur; videlicet cum agitur de contractu, qui respicit singulos, uti singulos (1); aequitas enim ipsa demonstrat, a singulis approbandum esse, quod singulos singillatim tangit (2). Quamquam, si caussa necessaria sit, et ad publicum bonum omnium respiciat, sufficit, si duae ex tribus universitatis partibus interveniant, et major pars consentiat; ne alioquin ex aliquorum temerario, et pervicaci dissensu publica utilitas praepediatur, quemadmodum in decretis a consilio decurionum condendis traditum est (3).

(1) *Losaeus de jure universitat. part.* 3. *cap.* 3. *num.* 10.

(2) *Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari: Cap.* 29. *extra de reg. jur. in* 6. *D.* (5. 13.)

(3) *L. Nominationum forma* 45. *cod. hoc tit.*, l. *Lege autem* 3. *ff. de decret. ab ord. fac.* (50. 9.)

§. 205.

Si autem universitas ex facto rectorum obliganda proponatur, duo insuper necessaria diximus; legitimum mandatum, et versionem pecuniae in ejusdem utilitatem (1). In primis legitimum mandatum requiritur (2); quamvis enim dici soleat, syndicum legitime constitutum ab universitate faciente civitatem, castrum, vel villam, habere non tantum legitimam administrationem, sed et mandatum cum libera, itaut expedire possit omnia, quae requirunt mandatum speciale (3), quippequi aequiparatur tutori, et curatori (4). Unde etiam constitutum, ut citatio communitatum fiat in personam syndicorum, consulum, vel rectorum (5); potestas tamen haec suis limitibus circumscribenda est; ut rectoribus universitatis ea omnia permittantur, quae recta administratio, et publica utilitas postulant; non ut impune universitati noceant: quemadmodum et de tutoribus scripsit jureconsultus (6); qui tamen, quantum ad providentiam pupillarem pertinet, dominorum loco habentur (7).

(1) *Losaeus de jure universitat. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 11., *et seqq.*

(2) *Cujus fines diligenter custodiantur. L. Diligenter* 5. *ff. mandati* (17. 1.).

(3) *Sicut ex plurimorum sententia tradit Ab-Ecclesia observat. forens. part.* 1. *observat.* 117. *num.* 4., *et* 5.

(4) *L. Curatores* 3. *ff. hoc tit.*

(5) *Ab-Eccl. ib. num.* 7. 8., *et* 9., *Reg. Constit. lib.* 3. *tit* 3. §. 19.

(6) *In l. Quid ergo* 3. *ff. de contr. tut.*, *et utili act.* (27. 4.)

(7) *L. Tutor* 27. *ff. de admin.*, *et peric. tut.* (26. 7.)

§. 206.

Universitas ergo non obligabitur ex hujusmodi contractu, nisi pecunia ad eam pervenerit; quo casu non ex contractu, sed ex re ipsa obligari, per quam aequum est (1); ne cum alterius dispendio locupletetur (2). Quod si fingamus, syndicum habere mandatum cum libera, eique ab universitate permissa fuisse, quaecumque etiam mandatum speciale requirerent, non ideo obligare poterit universitatem in rebus, quae ad ipsam non pertinent: sicuti nec donare, aut gratificari (3). Receptum tamen, ut procurator universitatis, ad omnes, et singulas caussas constitutus, etiam pro futuris constitutus reputetur (4).

(1) *L. Si me, et Titium* 32. *ff. de reb. cred.* (12. 1.)

(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)

(3) *Losaeus de jure universit. par.* 1. *cap.* 3. *num.* 114.

(4) *Thes. dec.* 59. *n.* 2. ✠

§. 207.

Hinc jure censuit Senatus, syndicum non posse sine mandato obligare communitatem

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

ad id, ad quod ipsa non tenetur: nec tacitam, aut etiam expressam confessionem syndici universitati nocere ad eam obligandam; nisi confessio illa convocato consilio fuerit ratificata: adeoque non obligari universitatem ex intimatione facta in personam syndici, vel exactoris, qui tacuit, nec contradixit, nisi impetrans postea justificaverit debitum communitatis (1). Atque, quia correlativorum eadem esse debet ratio, definitum pariter fuit, oppositionem sine mandato factam a procuratore nullitatis contractus nullius roboris esse (2); quemadmodum nec indemnitas a syndico promissa obligat universitatem, nisi secuta ratihabitione (3).

(1) *Ab-Eccles. observat.* 202. *num.* 16.

(2) *Fab. cod. de procuratorib. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 7.

(3) *Fab. d. def.* 7. *in fine.*

§. 208.

Nec regulariter ex communi sententia generale mandatum sufficit ad hoc, ut communitas obligetur, sed speciale requiritur (1), praeterquam in rebus levioris momenti; in aliis enim voluntas se obligandi in universitate praesumi non debet, nisi de ea exdresse constet. Praeterea nec sufficit mandatum allegari, sed omnino exibendum est (2), ut de eo certo constet, et fraudibus via praecludatur. Poterit tamen mandatum etiam ex post facto exiberi (3); non enim ad formam contractus ejus editio pertinet, sed ad probationem.

(1) *Fab. cod. d. lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 7. *in fine. Losaeus de jure universitat. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 11.

(2) *Referenti enim non creditur, ut ajunt pragmatici, nisi constet de relato. Auth. Si quis in aliquo, post l.* 7. *cod. de edendo* (2. 1.).

(3) *Argum. l. Si donatio* 5. *cod. de donationib.* (8. 54.)

§. 209.

Ex his satis patet, mandatum regulariter non praesumi, sed ab allegante probandum esse, res enim facti est (1). Si tamen versemur in antiquis, indiciis etiam, et praesumptionibus probari poterit, imo et praesumi; quemadmodum de consilii congregatione diximus (§. 160.). Quin etiam in actibus continuis, et successivis sufficere potest scientia, et patientia; quia mandare videtur, qui non contradicit, quominus alter de re sua disponat (2).

(1) *L. Ab ea parte* 5. *princ., et* §. 1. *ff. de probat.* (22. 3.)

(2) *L. Semper* 60. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 210.

Caeterum mandatum universitatis etiam ex conjecturis praesumi, et probari potest; veluti ex diuturnitate temporis: ex scientia, et patientia: ex ejusdem designatione per annum, et diem: ex eo, quod universitas passa sit, judicium contra ipsam agitari: ex impositione collectarum ad solvendum debitum per administratores contractum (1). His addi potest specifica ejus designatio cum anno, die, et notario, a quo fuit receptum: natura obligationis, quae sine mandato fieri non soleat, solutio subsecuta (2): Quinimo satis probari traditur ex eo, quod in pede instrumenti contractus registratum sit, si registrum sit authenticum, et subscriptum a notario, qui recepit istrumentum (3). Tum ex specifica instrumenti enunciativa, si adsint adminicula, veluti diuturnitas temporis, confessio ab universitate aliquando facta, inter partes tamen (4). Sed satis non demonstratur ex diuturnitate temporis, enunciativa instrumenti, quae specifica non sit, et notarii dicto, si alia non concurrant adminicula (5). Nec odio tertii per verba enunciativa instrumenti, licet enuncietur per annum, mensem, diem, et notarium (6).

(1) *Menoch. de praesumptionib. lib.* 2. *praesumpt.* 33. *num.* 7., *et seqq.*

(2) *Menoch. ibid. num:* 12., *et* 13.

(3) *Menoch. ibid. num.* 9.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod l. 10. tit. 31.

(4) *Menoch. ibid. num.* 10., *et* 19.
(5) *Menoch. ibid. num.* 14., *et seqq.*
(6) *L. Optimam quaestionem* 14. *cod. de contr.*, *et commit. stipul.* (8. 38.)

§. 211.

Eadem, quae scientiae, et patientiae, est vis ratihabitionis; cum enim mandato ratihabitio aequiparetur, nemini dubium, quo minus ex ratihabitionem convalescat contractus, qui prius viribus erat destitutus (1). Imo nec expressa ratihabitio necessaria est, sed sufficit tacita, quae modo ex legitimis conjecturis eruatur; quia taciti, et expressi in iis, quae a libera voluntate pendent, eadem vis esse solet (2). Quare ex impositione annuae praestationis per universitatem factae docent pragmatici, induci tacitam ratihabitionem census ab ejus procuratore venditi (3).

(1) *L. ult. cod. de Sen. Con. Macedon.*, (4. 28.) *l. Semper* 60. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *D. l.* 60. *ff. de reg. jur.*
(3) *V.* §. 719., *et seqq. Tom. I.*

§. 212.

Ut autem ratihabitio det vim contractui, universitatis nomine ab administratore gesti, non omnino requiritur, ut lectum tempore ratihabitionis fuerit instrumentum contractus; si universitas exceptionem hanc non opposuerit (1): quamvis enim nulla sit ratihabitio sine scientia (§. 699. 2.); quia tamen haec aliunde haberi potest, nonnisi petenti exhibendum est instrumentum. Quare non aliter audietur communitas, quam si ignorantiam probet; quippe contra eam vigeat scientiae praesumptio (2). Neque ad vim hujusce ratihabitionis requiritur praesentia alterius partis, sed sufficit nudus consensus, quoties contractus absentis nomine rite ab initio gestus fuit, ut fert communis sententia (3).

(1) *Argum. d. l. Si donatio* 5. *cod. de donationib.* (8. 54.)
(2) *L. Ab ea parte* 5. *princ.*, *et* §. 1. *ff. de probat.* (22. 3.)
(3) *L. Si filiusfamilias* 16. *ff. de Sen. Con. Macedonian.* (14. 6.)

§. 213.

Praeter mandatum adhuc versionem requiri diximus (§. 199.), futurum alioquin, ut soli administratores teneantur, in quorum utilitatem pecunia potius versa praesumitur (1); cum enim administratores universitatis tutorum, et curatorum vice fungantur, non aliter eam possunt ex contractu obligare, quam si universitatis lucrum ex altera parte sentiat. Versum autem in alterius utilitatem breviter quidem, sed eleganter explicat Ulpianus, quoties melior ejus conditio effecta est, vel id actum, ne deterior fieret (2); prodest quippe non tantum, qui lucrum parat, sed et qui damnum avertit.

(1) *Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur. L. Civitas* 27. *ff. de rebus cred.*, *et si cert. pet.* (12. 1.)

(2) *Dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem. L. Quod si servus* 3. §. *Et regulariter* 2. *ff. de in rem verso* (15. 3.).

§. 214.

Exceptio huic regulae admittenda esset in ea specie, qua constaret, pecuniam ad universitatem pervenisse; cum enim nihil imputari possit solventi, quod in usus necessarios, vel utiles impensa pecunia non fuerit; quippequi nec curiose investigare debet ante solutionem, an legitimam habeat universitas contrahendi, vel mutuum accipiendi caussam; nec multo minus quae sit ejusdem impendendae ratio, etiam non probata versione, cogenda esset universitas ad ejus restitutionem (1).

(1) *Losaeus de jure universitat. par.* 3 *cap.* 4. *num.* 12.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 215.

Sed cuinam incumbet versionis, vel contraria probatio? Distinguendum est, utrum praesumptio sit pro versione, an contra. Si praesumptio pro versione sit, universitati eandem neganti probationis onus incumbet. In altera autem specie probationis obligatione creditor onerabitur, qua versionem demonstret (1), secundum generales juris regulas; quippe cum res facti, qualis est versio, quamvis extrinsecus innotescant, non semper subsistant, ut sensibus subjiciantur, indiciis etiam, et conjecturis demonstrari posse merito receptum est, eo saltem sensu, ut contrariae probationis onus in eum transferatur, qui easdem negat.

(1) *L. Ab ea parte* 5. *pr.*, *et* §. 1. *ff. de probat.* (22. 3.).

§. 216.

An autem praesumptio pro versione sit, an contra eam, plures tradi solent regulae. Prima est. Cum universitas legitime congregata, seu universitatis consilium pecuniam accepit, vel contractum celebravit, praesumitur res versa in ejus utilitatem (§. 214.): adeoque creditor versionem probare non tenetur (1). Idem est, si Ecclesia praesente capitulo, et praelato pecuniam acceperit, quippequae universitati comparatur (2); cum enim praesumptio sit pro communitate, seu consilio, quod pecuniam non sit deperditura, non aliter versio deneganda est, quam si probetur (3).

(1) *Losaeus de jure universit. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 8.
(2) *Auth. Hoc jus porrectum post l.* 14. *cod. de sacros. Eccles.* (1. 2.)
(3) *Junge* §. *sequ.*

§. 217.

Idem jus statuendum est, cum non universitatis consilium, sed ejusdem legitimus administrator habens, vel mandatum cum libera, ut loquuntur (1), ad contrahendum, vel speciale mandatum ab ipsa universitate ad pecuniam mutuo accipiendam in certam caussam (2), non tantum si administrator mutuum accipiens professus fuerit, se in cam certam, ac determinatam caussam accepisse; sed etiam, si generale tantum mandatum administratori dederit universitas mutuam pecuniam accipiendi demonstrata causa; qui enim solvit habenti legitimam auctoritatem administrandi, et obligandi, nullius culpae reus est; sed potius sibi imputare debet universitas, quod iniquo administratori mandatum dederit mutuo accipiendi; adeoque ad restitutionem tenebitur, nisi deperditam pecuniam probet; quod quidem privilegium universitatum est, quatenus minorum juribus gaudent (§. 124.); alioquin enim, ut in specie non absimili ratiocinatur Ulpianus, bonae fidei contrahentes deciperentur (3); quod aequitas non patitur.

(1) *Losaeus d. cap.* 4. *num.* 11.
(2) *Losaeus d. num.* 11.
(3) *L.* 1. §. *Magistrum autem* 5. *ff. de exercit. act.* (14. 1.), *l. Habebat quis* 15. *ff. de instit. act.* (14. 3.)

§. 218.

Si autem pecunia mutuo data sit administratori universitatis simplicem administrationem habenti, non speciale mandatum, consentiunt omnes, pecuniam in rem universitatis versam non praesumi, nisi a creditore versio probetur, ut de Ecclesia dicitur (1); quippe imputari creditori potest, cur crediderit ei, quem sciebat, vel scire debebat legitima auctoritate destitutum, qua universitatem obligaret. Actionem ergo habebit adversus administratorem, non adversus universitatem, nisi versionem demonstret (2): ut de tutore mutuam pupilli nomine pecuniam accipiente traditum est (3).

(1) *Et is creditor hic intelligatur, qui, quod credidit, probat in utilitatem divinae domus processisse. Auth. Hoc. jus porrectum in fine cod. de sacr. Eccles., post l.* 14. (1. 2.)
(2) *D. l. Civitas* 27. *ff. de reb. credit., et. si cert. pet.* (12. 1.)
(3) *L. Si in rem* 3. *cod. quod ex fact. tut.* (5. 39.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 219.

Plures autem sunt rationes, quibus versio probari possit: nam et hic conjecturae admittuntur (1): scilicet per testes, per instrumenta, tum et ab eventu, si secuta demonstretur caussa illa, propter quam mutuum acceptum est: puta si refecta sit domus, census extinctus; actus enim sequens praesumitur gestus in executionem praecedentis tractatus: quod maxime obtinebit, si probari possit, universitatem tempore mutui indiguisse pecunia. (2)

(1) *Losaeus d. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 18.

(2) *Losaeus ib. num.* 17. 19. *et sepp.*

§. 220.

Ut communitas ex facto administratorum obligetur, duo requiri demonstravimus: mandatum, et versionem: si ergo alterutrum desit, non obligabitur universitas, sed ipse administrator: sed hoc caute accipi debet. Si et mandatum, et versio deficiat, dubium non est, quin ab omni obligatione immunis sit universitas; quia nullum tunc adest obligationis fundamentum: nec contractus, nec res. Si autem deficiente mandato versio demonstretur, tunc universitas non obligabitur quidem eo sensu, quod contractum ab administratore celebratum adimplere teneatur; quia nec per se contraxit, nec per administratorem, cui mandatum non dedit: sed eatenus tenebitur, quatenus ad restitutionem pecuniae compelli poterit, etiam cum usuris (1). Ex re scilicet (2); quia non debet cum alterius dispendio fieri locupletior (3). Quare creditor ab universitate pecuniam repetet; ab administratore vero, quantum interest ipsius, quod contractus executioni non demandetur: vel, si malit, utrumque ab administratore poterit postulare; quo casu administratori salva erit actio adversus communitatem, ut pecunia sibi restituatur.

(1) *Losaeus d. cap.* 4. *num.* 12.

(2) *L. Si me, et Titium* 32 *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(3) *D. l. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)

§. 221.

Sed specialius inquirendum est, an alii etiam casus sint, quibus administratores, potissimum pecuniam mutuam accipientes, proprio nomine obligentur. Plures autem afferri solent (1). Primus est, cum administrator pecuniam accipit, nulla facta officii mentione: adeoque nulla apparet habita officii consideratio, sive enim mandatum non habeat, sive habeat, ipse obligari debet, qui contraxit, non autem universitas, cujus mentio facta non est; persona enim in contractibus nunquam subintelligitur, nisi expressa sit (2). Exceptio est, si universitas contractum ratum habeat (§. 207.): vel pecunia versa sit in ejus utilitatem; quo casu ad illius restitutionem unice tenebitur (§. praeced.).

(1) *Administrator reipublicae nomine proprio quando teneatur. V. Thes. lib.* 3. *quaest.* 27. *de hac re late disserentem, ex propria sententia, non ex Senatus placitis.*

(2) *Raro inesse tempus, vel conditionem, ex eo, quod agi apparebit, intelligendum est, nunquam personam, nisi expressa sit. L. Si ita stipulatus* 126. §. 2. *in fine ff. de verb. oblig.* (46. 1.).

§. 222.

Alter casus est, cum administrator speciale quidem mandatum non habebat, in contractu tamen professus est, se universitatis nomine mutuam accepisse pecuniam, cum enim in hoc casu fines potestatis suae egrediatur, obligationis onus ferre debet (1). Intererit tamen, utrum pecunia versa sit in rem universitatis, necne. Si versa non fuerit, ipse solus tenebitur; etiam finito officio (§. 212.). Si autem sit versa in rem communitatis, haec ad pecuniae restitutionem, ipse, quantum interest creditoris, qui utrumque ab administratore petere poterit (d. §. 220.).

(1) *Respondi, curator, cum officium suum egressus sponte se obligaverit, non puto ei a praetore subveneri debere. L. Cum post mortem* 43. § 1. *in med. ff. de admin., et peric. tut.* (26. 7.)

§. 223.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

Atque hinc sequitur, non tantum durante officio, sed eo quoque finito administratorem in proposita specie conveniri posse; quamvis enim obligationem administratorio nomine susceperit, proprio tamen nomine necessario se obligavit, quatenus defectu mandati universitatem obligare non poterat; tum quia etiam finito officio salva esse debet creditori actio ad id, quod interest, quam adversus universitatem instituere non potest (d. §. 220.).

§. 224.

Neque aliud evincunt jura a contrasentientibus allegata; quibus, finito officio, administratores rerum alienarum non posse conveniri, traditur, quamvis durante officio actio institui adversus eos posset (1); aequitas enim ipsa demonstrat, sanctiones illas intelligendas esse de administratoribus, qui proprio nomine se neutiquam obligaverint, sed alieno, et tamquam administratores in vim officii. Administrator autem de quo agimus, protestatus quidem est, se universitatis nomine contrahere, sed, deficiente mandato, et consequenter potestate contrahendi nomine universitatis, se omnino obligavit proprio nomine. Quare finita administratione adhuc conveniri poterit, actione saltem de dolo, cujus reus est, cum sine mandato id agit, quod sine eo scit, vel scire debet, perfici nullatenus posse.

(1) *L. ult. ff. de instit. actione* (14. 3.), *l. Si non subscripsisti* 15. *cod. de admin. tut.* (5. 37.), *l.* 1. *cod. quand. ex fact. tut.* (5. 39.).

§. 225.

Exceptio tamen admitti deberet, si administrator in istrumento protestatus fuisset, se unice pecuniam accipere nomine communitatis, nolle autem se ullatenus obligare; tunc enim, versa pecunia in rem universitatis, immunis ab omni obligatione esset, sive mandatum habuisset, sive non; tum quia obligatio non contrahitur ultra voluntatem, et intentionem contrahentium (1); tum quia imputare sibi debet creditor, qui de mandato non fuit sollicitus. Quare universitas ad restitutionem quidem pecuniae tenebitur (§. 220.); ad id vero, quod interest, nec ipsa, nec administrator tenebuntur: sed si pecunia ad universitatem non pervenisset, adhuc teneretur ad restitutionem pecuniae administrator conditione ob caussam; quia ipsi imputabitur, cur, in utilitatem universitatis pecuniam accipiens, hanc conditionem non adimpleverit: sed non puto teneri ad id, quod interest, quemadmodum nec in priore casu ob allatam rationem.

(1) *L. Non omnis* 19. *ff. de rebus credit.* (12. 1.)

§. 226.

Magis perplexa est quaestio, cum administrator mandatum etiam habens ab universitate, in cujus rem curavit verti pecuniam, promisit tamen se illam restituere, non exprimens, utrum proprio, an communitatis nomine restitutionem promittat. Difficultas, ut patet, in eo est, utrum in dubio praesumendus sit proprio, an administratorio nomine promisisse. Qui sentiunt, eum proprio nomine videri promisisse, ajunt, creditorem secutum esse fidem ejus, qui promisit; proinde aequitatem non pati, ut actio contra ipsum denegetur.

§. 227.

Rectius contra sentiunt alii: cum enim ipsa dictet naturalis ratio, in dubio proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum (1); tum quia ita suadet humanitas, tum quia ita fert tenax, nec semper immerito, hominum indoles; cur eum, qui se procuratorio nomine pecuniam accipere profitetur, proprio nomine adstringemus, quia ambigua verba protulit, quae, licet ad propriam significandam obligationem apta sint, aeque tamen obligationi conveniunt procuratoris nomine assumptae, cujus se personam gerere, pecuniam accipiendo, professus est? Sane dubius verborum sensus ex loquentis praesumpta intentione explicandus est (1), atque ex subjecta materia (3). His addi potest, ea quae in praefationibus

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31. expressa sunt, etiam in ipsa stipulatione; ex praesumpta contrahentium mente, repetita censeri, si nihil obest (4); quia veluti supervacua repetitio omittitur. Atque hinc sequitur, restituendi obligationem ab administratore susceptam ad ejus officium, non ad privatam personam referri oportere (5), quod in dubio semper praesumendum est (6).

(1) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat., et action.* (44. 7.)

(2) *L. Rapienda occasio* 168. §. 1. *ff. de reg jur.* (50. 17.) *V.* §. 191. *D.*

(3) *L. Semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur. V.* § 197. *D.*

(4) *Plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur. L. Titia, quae* 134. §. 1. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(5) *Vide, quae diximus de fidejussore, qui beneficio ordinis renunciaverat, simul adjiciens clausulam, qua vedebatur ante tutorem onus reddendarum rationum suscepisse.* §. 1274. *Tom. II.*

(6) *L. ult. ff. de instit. act.* (14. 5.), *l. penult. ff. si quis cautionib.* (2. 11.)

§. 228.

Nec movet, quod contra sentientes proferunt, contrahentem secutum esse fidem administratoris; gratis enim asseritur; imo potius, cum administrator se nomine universitatis pecuniam accepisse professus sit, universitatis fidem etiam in restitutione sequi debuit creditor; quae effectus contractus est, et quem ibi esse decet, ubi adest caussa; nisi aliud nominatim conventum sit.

§. 229.

Aliud erit dicendum, si ex administratoris negligentia factum sit, ne satisfieret creditoribus (1): vel mutuam, universitatis nomino, pecuniam accipiendo, se tamen etiam proprio nomine adstrinxerit, prout potest: vel pro se, et haeredibus suis, vel sub obligatione bonorum suorum se restituturum spoponderit; mentio enim haeredum apertissime indicat, se obligationem ex propria persona assumere velle. Idem est de obligatione bonorum, quae, cum sit accessoria principalis obligationis, convenientius eum adstringere intelligitur, qui et principaliter sit obligatus, quam alterius, idest universitatis, obligationi accedere (2).

(1) *Culpa enim sua cuique, non alteri nocere debet. L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur. Sane administrator poterit ab universitate repetere, quod solvit.*

(2) *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *qu.* 27. *num.* 9., *et* 10.

§. 230.

Caeterum, quamquam ea, quae hactenus tradidimus, tum naturali aequitati, tum et generalibus juris civilis regulis consentanea videntur; quia tamen plures sunt, nec infimae notae auctores, qui censent, administratorem in dubio tam proprio, quam alieno nomine contrahere praesumendum, optime sibi consulet, qui non tantum se universitatis nomine contrahere declarabit, sed et subjiciet, nolle proprio nomine se obligationem suscipere.

§. 231.

Sane nemo dubitat, quominus administrator non solum tamqusm fidejussor, sed et tamquam correus universitatis obligationem in se suscipere possit, si sponte velit: quo posteriore casu in solidum convenietur juxta generales juris regulas (1). Ergo procuratores ab universitate ad constituendum censum dati possunt conveniri in solidum pro solutione annuorum redituum, si ipsi municipes sint, et ex numero suffragantium, qui omnes simul, et in solidum se ipsos, et bona sua obligaverint pro observantia contractus: quin gaudeant beneficiis ordinis, et divisionis, quibus renunciaverint (2).

(1) *L. Cum duo* 2. *ff. de duobus reis* (45. 2.). *Quod si administratores se obligaverint nomine proprio in solidum, et simul renunciaverint omnibus beneficiis, primo loco conveniri possunt, quin eis prosint litterae moratoriae communitatibus a Principe concessae; quia in hoc casu administratorum obligatio non reputatur accessoria, sed principalis. V. Thes. decis* 125. *in additionibus.* ✠

(2) *D. L. 2., Thes. d. loco.*

§. 232.

Quod de contractibus diximus, idem in judiciis obtinere, allatae rationes demonstrant. Quare executio sententiae contra universitatem prolatae fieri non potest adversus consiliarios, nec contra syndicos (1): quemadmodum nec adversus tutorem permittitur (2). Si autem universitas nec pecuniam, nec bona habeat, tunc jubendi sunt administratores, ut collectas imponant, exigant, et solvant: quod nisi prae negligentia fecerint, non tantum accipi poterunt ipsorum bona (3), sed et personaliter capi, et detineri (4); quia syndici, et consiliarii, velut universitatem repraesentantes, facultatem habent solvendi, vel de bonis universitatis, vel per indictionem collectae (5). Posterioribus tamen Principum nostrorum edictis prohibitum est, ne consiliarii, secretarii, vel syndici universitatum ob hujusmodi negligentiam personaliter detineantur, concessa tantum in hoc casu executione reali judicati in bonis ipsorum propriis (6).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

(1) *L. Si se non obtulit* 4. §. *Actor* 2. *ff. de re judic.* (42. 1.). *Ab-Ecclesia observation. forens. part.* 1. *observat.* 162. *num.* 1.

(2) *D. L.* 4. §. 1.

(3) *Fab. cod. quib. res judic. non noc. lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 1., *et de privileg. fisci lib.* 7. *tit.* 33. *def.* 1., *et de obligat., et act. lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 5. *Ab-Eccl. d.* 162. *num.* 6. 7. 8. 12. ✠

(4) *Fab. d. lib.* 7. *tit.* 33. *def.* 1. *num.* 6. *in corp. Ab-Eccles. d. loco.*

(5) *L. Item eorum* 6. §. 1., *et ult., l. Sicut municipum* 2. *ff. quod cujusqu. univ. nom.* (3. 4.)

(6) *Ab-Eccl. d. observat.* 162. *num.* 16., *et* 17.

§. 233.

Executionem autem hanc in solidum fieri posse contra unumquemque ex consiliariis, censuit Senatus, salvo jure repetendi ab universitate (1), nulla etiam habita ratione indicationis bonorum ad universitatem pertinentium a consiliario exhibitae; quia iniquum visum fuit, creditorem cogere ad particulares solutiones accipiendas, quae multa afferre solent incommoda (2). Quin nec trinam monitionem de imponendo collectas, exigendo, et solvendo necessariam putavit, ubi agitur de pecunia Principi debita, sed unicam sufficere, quamvis cuique ex consiliariis in specie non fuerit intimata; ob generalem monitionem edictorum (3): contra quam in Sabaudia observetur, ubi, trinam monitionem indistincte requiri, tradit Faber (4); vel saltem binam, si ita judici videatur (5); ut consiliariorum negligentia, et contumacia nullam habeat excusationem.

(1) *Ab-Eccl. d. observat.* 162. *num.* 11. 12. 13., *et* 14. ✠

(2) *L. Plane ad officium* 3. *ff. fam. ercisc.* (10. 2.)

(3) *Ab-Eccl. d. obs.* 162. *num.* 14. 15., *et* 16. ✠

(4) *Fab. cod. quib. res jud. non noc. lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 1.

(5) *Fab. cod. de execut. rei judic. lib.* 7. *tit.* 20. *def.* 16.

§. 234.

Neque nocet exemplum tutoris, contra quem sententiae executio fieri non potest, quamvis sit in mora solvendi judicati (1); quippe longe favorabilior est caussa tutorum, et curatorum, quam eorum, qui publica universitatum bona administrant. Tutores, vel curatores ex debito pupilli, vel minoris nullum commodum sentiunt; neque eorundem personam vere repraesentant, nec consequenter eodem obligationis vinculo adstringuntur, ut eorum negotia gerant, contra administratores, tamquam universitatis membra, utilitatis participes sunt, eandem repraesentant, et arctissimo vinculo universitati colligati, cujus sunt membra, ex legalis justitiae singulari praecepto ejusdem bona administrare, commoda curare, onera ferre tenentur.

(1) *D. L. Si se non obtulit* 4. §. 1. *ff. de re judic.* (42. 1.), *l. Si tutor* 2. *ff. de admin., et peric. tut.* (26. 7.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 235.

Caeterum, quod de administratorum obligatione, et de executione rei judicatae contra syndicos, vel consiliarios faciendа diximus, tantum obtinet, quamdiu durat officium (1), exemplo tutorum, quibus comparantur (2), quosque finito officio non conveniri receptissimum est (3); desinente nimirum qualitate, vi cujus conveniri possint: quod Senatus protulit ad eum casum, in quo, tempore administrationis, jam fuissent in mora imponendi collectas, exigendi, et solvendi (4): quia actio convenientius institui debeat adversus successores in administratione.

(1) *L. Curatores* 3. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. L.* 3. *ff. hoc tit.*, *Ab-Eccl. obs.* 162. *num.* 19. ✠

(3) *L. Post mortem* 5. *ff. quand. ex fact. tutor.* (26. 9.)

(4) *Ab-Eccl. d. obser.* 162. *num.* 22. ✠

§. 236.

Triplex tamen huic regulae admitti debet exceptio. Prima cum finitum quidem officium est, quoad administrationem, nondum tamen redditae sunt ab administratore rationes; adeoque convenire poterit syndicus, ut cum effectu curet solvi debitum, per novos administratores, intra certum tempus arbitrio judicis statuendum, inspecta qualitate personarum, et quantitate debiti: quo elapso, si creditori satisfactum non sit, de suo solvere cogetur, mox a posterioribus syndicis repetiturus, quod suggeret aequitas; detractis videlicet gravioribus expensis, quae ob ipsius negligentiam fieri necesse fuit (1): ratio est, quia non redditis rationibus ab officio plene solutus dici nequit administrator.

(1) *Fab. cod. de obligat., et act. lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 4.

§. 237.

Altera est, cum syndici, aut consiliarii, per negligentiam, aut per dolum fecerunt, ut inopes administratores in sui locum sufficerentur (1); quoniam imputari eis potest, cur durante officio diligentiores non fuerint, ut judicato satisfieret. Quamquam, si nihil imputari his possit, placuit Sabaudo Senatui, cogendam esse universitatem mulctarum comminatione, ut alium syndicum idoneum eligat, adversus quem agi possit (2).

(1) *Fab. cod. quib. res judic. non noc. lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 1. *num.* 3., *et seqq. in corp.*

(2) *Fab. d. def.* 1. *num.* 7. *in corp.: quod ex necessitate fit; quia adversus universitatem agi non potest, nisi ab administratore defendatur: nec contra singulos agi aequitas patitur, ut inferius demonstrabimus.*

§. 238.

Postrema demum exceptio tunc contingit, cum coepta durante officio jam fuit executio adversus syndicos, aut decuriones (1); etenim finis, utpote a principio pendens, iisdem legibus regitur, quibus principium.

(1) *Ab-Eccl. d. observ.* 162. *num.* 21. ✠

§. 239.

Vix memoro novationem, cujus effectus est, ut liberato priore debitore, obligatio in posteriorem transferatur (1): qua proinde secuta nemini dubium est, quominus etiam finito officio administratorum obligatio subsistere pergat (2): in quo differt a constituta pecunia, quae veterem obligationem non destruit (3).

(1) *L. Curatores* 3. §. *In eum* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. ff. de instit. act.* (14. 3.)

(3) *D. L.* 3. §. 2. *ff. hoc tit.*

§. 240.

Quod diximus, pro debitis universitatis regulariter non teneri administratores, multo magis obtinet in singulis universitatis membris; sicuti enim aliud est universitas, aliud sunt singula universitatis membra, ut ex eo patet, quod mutatis omnibus eadem ma-

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

nest universitas, imo pariter in uno conservetur (1); et quia bona universitatis non sunt singulorum (2); ita, quod debet universitas, singuli non debent, quemadmodum nec singulis debetur, quod ipsi universitati debitum est (3). Quare jure dixit Ulpianus, actorem ab universitate constitutum dici non posse singulorum actorem (4).

(1) *L.* 7. §. *ult. ff. quod cujusq. univ. nom.* (3. 4.)

(2) *L. In tantum* 6. §. 1. *ff. de rerum divis* (1. 8.)

(3) *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec, quod debet universitas, singuli debent. D. l.* 7. §. 1. *ff. quod cujusque univ. nom.*

(4) *L. Si municipes* 2. *ff. eod. tit.*

§. 241.

Hinc colligit Faber, ne fisco quidem competere privilegium, quo pro debitis universitatis municipum bona capere possit, nisi ad consequendum, quod quisque ex propriae constitutionis onere debet; quia nullo juris loco tale privilegium fisco inveniatur concessum: quin aliud sit, quamvis tale debitum proponatur, cujus exactio, sive favore Principis, sive favore boni publici nullam pati posse moram videatur; sed solum syndicum universitatis nomine conveniendum esse (1); quia prorsus iniquum, incivile, et inhumanum sit, pro alterius debito alterum vexari.

(1) *Fab. cod. de privileg. fisci lib.* 7. *tit.* 33. *def.* 1., *et. quib. res judic. non noc lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 1. *in fine.*

§. 242.

Exceptio esset admittenda, si singuli pro debito universitatis specialiter se obligassent in solidum cum opportunis renunciationibus: quo casu recte defenditur, singulos posse in solidum conveniri (1); partem tamen ab universitate recuperaturi; tum quia nimis incommodum, et grave creditori esset, singulos pro minima parte vexare; et vix ullum emolumentum ex hac speciali singulorum obligatione perciperet; tum quia alioqnin vix ullum effectum pareret suscepta obligatio a municipibus, qua etiam seclusa pro sua parte singuli tenebantur: sicuti ex eo constat, quod cessante universitate in solutione, jubentur syndici collectas a singulis civibus exigere, quibus aes alienum dissolvatur.

(1) *Losaeus de jure universitat. par.* 3. *cap.* 3. *num* 8.

§. 243.

Neque aliud erui potest ex Papiniano, qui speciem expendens de pluribus reis promittendi, singulos tantum pro parte virili adstrictos respondit, nisi et singuli in solidum spoponderint (1); siquidem ibi non agitur de pluribus correis collective obligatis, sed distributive: contra, ubi debitum universitatis intervenit, municipes non tantum distributive singuli ex vi promissionis, sed collective omnes, etiam seclusa promissione, obligati sunt, quatenus universitatis membra. Sane multo tutius sibi prospiciet creditor, qui singulos in solidum obligari curet.

(1) *L. Reos promittendi* 11. §. *ult. ff. de duobus reis* (45. 2.).

§. 244.

Sed gravior est difficultas, an, et quando universitas singulos possit obligare. Si consilium universitatis per capita domorum fuerit celebratum, res aperta est. Quaestio ergo versatur in auctoritate consilii ordinarii. Atque hic mire scinduntur interpretes. Praeferenda videtur eorum sententia, qui defendunt, universitates, quae a superiore pendent, nunquam posse singulos, aut eorum bona obligare, nisi consentiant omnes (§. 212.); quia nullum jus habent in bonis singulorum: eas autem, quae suprema auctoritate potiuntur, nonnisi in casu necessitatis, et ex publica caussa hoc posse: utpotequia in hisce casibus de privatorum bonis quaeque respublica disponere potest, iis etiam invitis: ita postulante publica utilitate, et salute (1).

(1) *Loseus de jure universitat. par.* 8. *cap.* 3. *num.* 6., *et seqq.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 245.

Quinimo, etiamsi proponatur universitas superiorem non habens, non semper consilium ordinarium potestate hac gaudere dicemus, nisi ita ferant leges municipales, aut receptae consuetudines: multo minus syndicum, nisi specialiter hoc ei concessum sit; agitur enim de re gravissimi momenti, quae in dubio nunquam praesumi debet concessa.

§. 246.

Expendimus quaedam munera administratorum, tum et eorum auctoritatem in contractibus universitatum, breviter agendum superest de quibusdam contractuum speciebus, de quibus dubitari potest, utrum ab administratoribus expediri valeant, necne. Atque in primis obiter animadvertimus; non licere administratoribus pecuniam universitati datam, vel testamento legatam in alios usus, quam, qui praescripti sunt, convertere (1); curatores enim sunt, non domini. Quare a Principe facultas haec impetranda est, qui eandem, ita suadentibus legitimis caussis, ex suprema, qua praefulget, auctoritate poterit impertiri (2).

(1) *L.* 1., *l. Decuriones* 5. §. 1. *ff. hoc. tit.*

(2) *L. Legatum municipio* 4. *ff. eod. tit.*, *ult. ff. de operib. publ.* (50. 10.)

§. 247.

Quemadmodum autem universitatis debita solvere tenentur administratores, ut ex hactenus traditis constat, ita etiam exigere; futurum alioquin, ut non tantum de sorte, sed de usuris quoque teneantur, si eorum negligentia factum sit, ut pecunia inutilis remaneret (1); neque enim debita remittere iis permittitur (2), nisi forte de usuris quaestio sit, quae legitimum modum excedant (3): neque debitoribus concedere dilationem, nisi justa ejus concedendae caussa interveniat, et modica dilatio indulgeatur; puta trium mensium in majoribus summis, duorum vero in minoribus, et non amplius: quemadmodum de fisci debitoribus traditur (4), inspectis omnibus personarum, et rerum adjunctis: itaut non rigidos, sed moderatos exactores sese demonstrent (5).

(1) *L. ult. princ.*, et §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *Ambitiosa decreta decurionum rescindi debent: sive aliquem debitorem dimiserint, sive largiti sint. L. Ambitiosa* 4. *ff. de decret. ab ord. fac.* (50. 9)

(3) *L. Adversus creditorem* 5. *cod. de usuris* (4. 32.).

(4) *L. In fraudem fisci* 45. §. *Fiscalibus* 10. *ff. de jure fisci* (49. 14.).

(5) *Dummodo non acerbum se exactorem, nec contumeliosum praebeat, sed moderatum, et cum efficacia benignum, et cum instantia humanum; nam inter insolentiam incuriosam, et diligentiam non ambitiosam multum interest. L. Si bene collocatae* 33. *ff. de usuris* (22. 1.).

§. 248.

Cavere etiam debent administratores, ne pecuniae publicae credantur sine pignoribus, vel hypothecis (1). Sed vix puto admittendum, quod a quibusdam veteribus interpretibus traditur, universitatem debitores suos cogere posse, ut ante tempus solvant (nisi forte ex eadem universitate sint, et gravissima immineat universitati necessitas); quia et hoc fisco ipsi denegatur (2); qui tamen regulariter amplioribus privilegiis utitur (3): nec, quod iidem tradunt, debitoribus publicis, quamvis non confessis, dummodo convictis, denegandum esse appellationis beneficium; quod enim indistincte a legibus conceditur ex justa caussa (4), temere ab interpretibus denegatur.

(1) *Praeterea prospicere debet, ne pecuniae publicae credantur sine pignoribus idoneis, vel hypothecis. D. l.* 33. *ff. de usuris.*

(2) *L. Justas etiam* 6. *cod. de jure fisci* (10. 1.).

(3) *L. Simile privilegium* 10. *ff. ad municipal.* (50. 1.)

(4) *Tot. tit. ff. et cod. de appellat.*

§. 249. Inst. l. 2.

Potius permittendum est administratoribus, ut de re dubia ad universitatem spectante transactionem ineant, quam idcirco ratam esse jusserunt Imperatores (1): quia ad rectam administrationem, et ad universitatum utilitatem pertinet litibus finem imponere, easve non temere instituere, aut prosequi. Sane, si transactio de re immobili fiat, eaedem servandae erunt solemnitates (2), quae in alienatione immobilium praestitutae sunt (3), et praevia requiretur scientia vitii, quod priores contractus infecerat (4). Sed de hoc infra fusius dicemus.

tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

(1) *L. Praeses provinciae* 12. *cod. de transact.* (2. 4.)

(2) *L. Lucius Titius* 46. §. *ult. ff. de adminis. et peric. tut.* (26. 7.), *l. Non solum* 4. *cod. de praed., et aliis reb. minor.* (5. 71.) *V.* §. 475. *Tom. II.*

(3) *In l. ult. cod. de vend. reb. civit.* (11. 31.,)

(4) *V.* §. 700. *Tom. II.*

§. 250.

Pro hujus capitis coronide duo sunt animadvertenda, in quibus universitatum administratores conveniunt cum tutoribus, et curatoribus, quemadmodum in aliis pluribus convenire, ex hactenus pertractatis apparet. Primum est, individuum esse administratorum officium non secus, ac periculum commune (1). Unde sequitur, posse unum eorum gerere, et contrahere, sicuti de tutoribus diximus, cum plures sunt (§. 371. 2.): nisi tamen aliud ferant cujusque universitatis singularia statuta, vel receptae consuetudines.

(1) *Imperator Titus Antoninus Lentulo Vero rescripsit, Magistratuum officium individuum, ac periculum esse commune. L. Imperator* 11. *ff. ad municipal.* (50. 1.).

§. 251.

Alterum est, administratores neque emere, neque consequenter locare posse res ad universitatem eandem pertinentes, neque per se (1), neque per interpositam personam; futurum alioquin, ut non tantum viribus destituatur contractus, sed etiam poenam quadrupli sustinere debeant: nisi forte aliquibus hoc specialiter fuerit concessum (2); aequitas enim non patitur, ut idem et venditoris, et emptoris vice fungatur; et ipse solus venditioni legem dicat. Jure ergo Senatus censuit, eos, qui gabellam civitatis ipsorum fidei commissam a decurionibus, ut venderent, seu locarent, supposita persona emerant, in quadruplum condemnandos, irritata quoque publica emptione (3).

(1) *L. Si in emptione* 34. §. *ult. ff. de contr. empt.* (18. 1.)

(2) *L. Non licet* 46. *ff. eod. tit.*

(3) *Osasc. decis.* 109. ✠

§. 252.

Hactenus de autoritate, et munere administratorum in contractibus universitatum: dicendum nunc est de alienatione. De hac vero, quia plura singularia habet, et gravibus involuta est difficultatibus, seorsim agere opportunum duximus.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 51.

SECTIO II.

De auctoritate administratorum in alienatione bonorum ad universitates pertinentium.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 50. tit. 8. *De administratione rerum ad civit. pertinent.*
Cod. lib. 11. tit. 51. *De vendendis rebus civitatis.*

SUMMARIA.

Cum universitates considerentur, tamquam pupilli, et minores, quaedam etiam constitutae sunt solemnitates in alienatione bonorum, quae ad eas spectant. §. 253.

Refertur summa constitutionis Leoninae, qua hujusmodi solemnitates continentur. §. 254.

Solemnitates a Leone praescriptae in hisce alienationibus, ad duo capita referri possunt: nempe ad interventum decurionum, honoratorum, et possessorum, qui jurato testentur de utilitate alienationis, et ad necessitatem decreti provincialis. §. 255.

Demonstrantur singulares sex quaestiones perpendendae, ut plene percipiantur, quae ad hoc argumentum pertinent. §. 256.

§. 253.

Cum universitates omnes personarum quidem vice fungantur; sed, quia ab administratoribus reguntur (§. 123.), tamquam pupilli, et minores considerentur (§. 124) idcirco in alienatione bonorum ad easdem pertinentium necessarium duxerunt legislatores conditiones quasdam, et solemnitates praescribere, quibus deficientibus, vel praetermissis nullas vires habeat secuta alienatio; ne alioquin ex dolo, negligentia, vel incuria administratorum contingat, ut dissipatis universitatis bonis ipsa ad interitum vergat (1); quippe sine his vix potest publicis necessitatibus consulere.

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*

§. 254.

Conditiones, et solemnitates alienationum hujusce generis paucis complexus est Imperator Leo, de civilibus universitatibus disserens (1), quas ecclesiasticis corporibus accommodavit Justinianus (2). Prior ergo, postquam declaravit, licere civitatibus (sub quibus caetarae etiam civiles universitates continentur ex communi omnium sententia, et ex identitate rationis (3)), cujuscumque generis immobilia, et quacumque ratione acquisita ex publicae utilitatis caussa alienare (4): subdit, ut eorum fraudibus occurratur, qui adversus civitatum commoda aliquid moliri possent, non aliter domum, civiles annonas, aedificia, vel mancipia vendi posse, nisi ex Imperatoris auctoritate, si de rebus ad inclytam urbem C. P. agatur; in illis vero quae ad alias civitates pertinent, requirit praesentiam omnium, vel saltem majoris partis, non tantum curialium, seu decurionum, sed et honoratorum, et possessorum, seu eorum, qui bona in eodem loco possident (5): atque hos omnes jubet, propositis sacrosanctis scripturis, de utilitate alienationis testari (6). His demum peractis a provinciae praeside alienationis decretum interponendum erit: quo adjecto, stabiles, et firmos esse hujusmodi contractus definit (7).

(1) *L. ult. cod. hoc. tit.*
(2) *L. Jubemus 14., et Auth. sequ. cod. de sacros. Ecclesiis* (1. 2.).
(3) *Argum. l. Rempublicam 3. cod. de jure reipubl.* (11. 29.), *ut ibi passim omnes.*
(4) *L. ult. cod. hoc tit.*
(5) *D. l. ult.*

(6) *D. l. ult.*

(7) *D. l. ult. in fine.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

§. 255.

Duae sunt hujus constitutionis partes. In prima permittitur alienatio rerum immobilium ad civitates pertinentium ex publicae utilitatis caussa. In altera, ut fraudibus, et collusionibus occurratur, quaedam solemnitates praescribuntur in alienatione earundem observandae, quae ad duo capita referri possunt: quorum primo interventus majoris partis decurionum, honoratorum, et possessorum exigitur, qui jurato testentur de utilitate alienationis: in altero vero decreti provincialis, seu praesidis provinciae necessitas injungitur. His observatis firmos esse ait hujusmodi contractus: ex quo sequitur, nullas habere vires, si aliquid fuerit praetermissum (§. 603. 2.).

§. 256.

Ut omnia, quae ad hanc materiam, et allatae constitutionis percipiendam sententiam spectant, plene intelligantur, sex sunt singillatim investiganda. 1. Quid in hoc argumento nomine alienationis contineatur. 2. Quae res alienari prohibeantur. 3. Quae sit justa alienandi caussa. 4. Quibus solemnitatibus peragi debeat alienatio rerum ad universitates pertinentium. 5. Quis sit effectus alienationis non jure factae. 6. Tandem an aliquando valere possit hujusmodi alienatio, sine praescriptis solemnitatibus celebrata.

ARTICULUS I.

Quid veniat nomine alienationis.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 50. tit. 8. *De administrat. rerum ad civit. pertin.*
Cod. lib. 11. tit. 31. *De vendendis rebus civitatis.*

SUMMARIA

Alienationis nomine continetur omnis actus, quo rei dominium in alium transfertur, vel jus in eam competens minuitur, vel etiam jus quaesitum repudiatur. Obiter referuntur praecipua contractuum genera, ex quibus dominium transfertur. §. 257.

Dominii imminutionem important hypotheca, servitutis impositio, vel constitutae remissio. §. 258.

Quid de legati, aut haereditatis repudiatione, resolutione donationis, et renunciatione juris quaesiti? §. 259., *et* 260.

Prohibetur in primis venditio rerum universitatis sine praescriptis solemnitatibus: potiori ratione prohibita est donatio. §. 261., *et* 262.

Regulariter donare non potest universitas: ex justa tamen caussa, potissimum in remunerationem meritorum, permittenda est administratoribus universitatum aequabilis donatio. §. 263., *et* 264.

Neque fieri potest sine solemnitatibus datio in solutum; nisi ex singularibus adjunctis. §. 265.

Sub alienatione continetur etiam emphyteusis: Justinianus tamen specialiter concessit, ut res Ecclesiae in emphyteusim dari possit ad tres generationes. Ex communi gentium consensu valet emphyteusis rei Ecclesiae, dummodo utilis. Eandem ratio est infeudationis. §. 266.

Sustinetur emphyteusis rei ecclesiasticae etiam sine necessitate, et solemnitate facta, quae utilis sit, quamvis res in emphyteusim nunquam data fuerit. §. 267., *et* 268.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

Valet alienatio rei ad Ecclesiam pertinentis, quamvis utilis non sit, modo nec damnosa, cum fit permutatio cum Principe. §. 269.

Prohibentur universitates, ne pignus in rebus suis constituant: aliud est de antichresi. 270.

Universitas non potest alienare sine solemnibus censum, quem pecunia emit; potest tamen sine solemnibus censum vendere. §. 271.

Non potest universitas repudiare legatum sine solemnibus. §. 272., et 273.

An possit repudiare haereditatem nondum aditam, quae jure quodam fictitio suitatis ad universitatem delata non sit? §. 274.

Quaedam etiam solemnitates praescriptae sunt in solutione universitati facienda. §. 275.

Bona universitatis, quae antiquitus sunt radicata in ejus dominio, vel quae sunt magni momenti, decoris, aut reditus, locari nequeunt ad longum tempus sine solemnibus: aliud est de bonis rusticis, et talliabilibus, quae per accidens venerunt in dominium communitatis. §. 276., et 277.

Conductores universitatum idoneum fidejussorem praestare debent. Conductores hi non gaudent privilegiis universitatum. §. 278.

Subhastationes pro locandis rebus universitatum fieri debent a consilio ordinario, in locis solitis, cum interventu, et auctoritate praefecti provincialis tributorum, vel judicis ordinarii. Quid si dissidiae oriantur occasione istarum subhastationum. §. 279.

Jure Romano nihil speciale constitutum est quoad tempus istarum locationum: tantum fit mentio quinquennii, quasi in hoc tempus locari solerent §. 280.

Res Ecclesiae locari nequeunt sine solemnibus ultra triennium fructiferum. §. 281.

Valet locatio rerum Ecclesiae in longius spatium, si facta sit divisibiliter ad primum, secundum, et tertium triennium, itaut uno triennio elapso liberi sint contrahentes. §. 282.

§. 257.

Alienationis nomine non tantum contineri actum, quo dominium rei in alium transfertur, sed et quo jus in eam competens minuitur, vel quaesitum jus repudiatur, jam demonstravimus, cum ageremus de alienatione bonorum immobilium ad pupillos, vel minores pertinentium (§. 462. 2.). Dominium autem transferri, adeoque prohiberi, per venditionem ostendimus (§. 464. 2.): potiori ratione donationem (§. 465. 2.); tum et solutionem legati ex re immobili, quae propria sit haeredis (§. 474. 2.): transactionem de re immobili (§. 475. 2.): permutationem etiam, quae tamen facilius sustinetur, quoties pro re immobili dimissa alia ejusdem generis tradatur (§. 477. 2.); usucapionem et praescriptionem, qua ex vi legis dominium amittitur (§. 478. 2.): divisionem etiam, quae non ex necessitate fiat, vel ad socii instantiam (§. 479. 2.). Demum et solius possessionis alienationem propter periculum amittendi dominii (§. 484. 2.). Atque haec magis, vel minus pertinent ad dominii translationem: adeoque non tantum pupillis et minoribus prohibentur, nisi concurrente justa caussa, et servatis legum solemnitatibus; sed et cujuscumque generis universitatibus, utpotequae pupillis et minoribus comparantur.

§. 258.

Inter ea vero, quae dominium quidem non transferunt, sed aliquam ejus deminutionem important, retulimus imprimis hypothecam, et pignus (§. 486. 2.), etiam quod venditor in ipso contractu ad propriam securitatem stipularetur (§. 487. 2.); nisi res empta sit ab alio, qui eodem privilegio utatur (§. 489. 2.), vel de pignore judiciali, aut praetorio agatur (§. 490., et 491. 2.). Postea numeravimus servitutis impositionem, vel constitutae remissionem (§. 492. 2.).

§. 259.

Demum, alienationis nomine contineri diximus juris quaesiti remissionem; veluti repu-

distionem legati (§. 493. 2.); aut etiam haereditatis nondum aditae (§. 494. 2.): resolutionem donationis (§. 495. 2.): tum et renunciationem non tantum juris perfecte jam quaesiti, sed quaerendi adhuc quidem, cujus tamen probabilis, et fere certa spes sit (§. 496. 2.).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

§. 260.

Opportunum duximus summatim referre, quod nomine alienationis contineri tradidimus, cum agebamus de alienatione bonorum ad pupillos, et minores pertinentium; quia maximam lucem afferunt huic disputationi. Inquirendum ergo est, utrum eadem quoque conveniant, cum alienandae proponuntur res universitatum. In hac autem re praecipua capita expendemus, in quibus vel aliquod discrimen interest; vel saltem, an intersit, dubitari potest: atque hisce praestitis sponte fluit, in caeteris eodem jure regi universitates, ac minores.

§. 261.

Imprimis ergo prohibetur venditio rerum ad universitates pertinentium, nisi praestitutae serventur solemnitates: utpotequia per eam dominium a venditore abscedat, et in emptorem transferatur (1). Nec movet, quod venditor pretium recipiat, quia plerumque magis interest rem habere, quam pretium.

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*

§. 262.

Quod de venditione dictum est, potiori ratione obtinet in donatione; cum in priori alienationis specie rem suam dimittendo universitas vicissim aliquid recipiat: in donatione vero rem sine ulla repensatione abjiciat. Neque administratoribus universitatum, quibus publica salus, et utilitas commissa est, facultas competit dissipandi; tutorum enim, et curatorum loco sunt (1).

(1) *L. Curatores 3. ff. hoc tit.*

§. 263.

An autem universitas tota simul per capita domorum congregata donare possit, controvertitur. Affirmant aliqui ea moti ratione, quod universitas sit domina bonorum suorum, rei autem suae quisquis sit moderator, et arbiter (1). Rectius negant alii; tum quia universitas, quamvis personis comparetur, iis tamen adjungitur, quae rerum suarum liberam administrationem non habentes, neque per se, neque per tutores, et curatores regulariter donare possunt (§. 465. 2.); tum quia ipsa universitatis indoles, quae perpetua esse debet, nec perire, aut immutari censetur, quamvis immutentur omnes, aut ad unum redigatur (§. 233.), demonstrat, membris universitatis non licere, ita de ejus bonis disponere, ut ad interitum vergat. Hinc generaliter vetitum fuit, ne immunitas a muneribus concedatur non tantum a decurionibus (2), sed a tota universitate (3).

(1) *L. In re mandata 21. cod. mandati* (4. 35.).

(2) *Quod et prohibetur l. 1., et. 2. cod. de decret. decur.* (10. 46.)

(3) *L. Vacuatis 19. cod. de decur.* (10. 31.)

§. 264.

Sed, quemadmodum in certis casibus possunt tutores, et curatores donare ex rebus pupilli, et minoris (§. 428 2.), ita non dubium, quin universitas ex justa caussa, potissimum in remunerationem meritorum, donare possit; atque haec facultas competat administratoribus ipsis exemplo tutorum, dummodo non temere benemerita fingantur: quamquam assertioni decurionum standum esse communiter traditur, donec contrarium probetur (1).

(1) *Losaeus de jure universitat. part. 3. cap. 11. num. 8.*

§. 265.

Venditioni aequiparatur datio in solutum (1): adeoque et ipsa vires habere nequit

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

nisi praestitutae solemnitates adhibeantur, si res immobilis praestetur (473. 2.). Potest tamen ex singularibus adjunctis valere datio in solutum bonorum immobilium universitatis, quamvis non intervenerint praeviae subhastationes; si modo judicis decretum, pro quo semper praesumendum est, nisi aliud edoceatur (2).

(1) *L. Eleganter* 24. *ff. de pign. act.* (13. 7.)

(2) *L. Et si praeses* 5. *cod. de praed., et aliis reb. min.* (5. 71.)

§. 266.

A venditione, et datione in solutum vix differt emphyteusis; quia et per hanc dominium utile transfertur (1): adeoque prohibita est (nisi de re agatur, quae in emphyteusim dari solita sit (2)) sine justa caussa, et servatis consuetis solemnitatibus; Justinianus tamen specialiter concessit, ut res Ecclesiae in emphyteusim dari possit, dummodo ad tres generationes coerceatur: quibus deficientibus res ad Ecclesiam omnino reverti debeat (3). Amplius ex communi omnium gentium consensu receptum tradit Faber, valere emphyteusim rei ecclesiasticae, dummodo Ecclesiae utilis sit (4); quod sane ex hodierno usu fori speciale non est emphyteusis; cum receptum sit, ut contractus quivis valeat etiam sine solemnibus celebratus, si minoribus (§. 562. 2.), vel universitati utilis sit (§. 138.) Eadem autem ratio est infeudationis, ac emphyteusis (5).

(1) *Cap.* 5. *de reb. Eccles. alienan. vel non in D. G.* (3. 13.), *Extravag. Ambitiosae eod. tit. inter commun.* (3. 4.), *l. ult. cod. de reb. alien. non alien.* (4. 51.), *Fab cod. eod. tit. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 6.

(2) *D. Extravag. Ambitiosae de reb. Eccl. non alien.*

(3) *Novell.* 7. *cap. Emphyteusim* 3.

(4) *Fab. d. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 7.

(5) *Facultas enim reinfeudandi consideratur tamquam fructus.*

§. 267.

Hinc ex recepta apud omnes fere gentes consuetudine valere emphyteusim rei ecclesiasticae, etiam nulla necessitate alienandi, aut solemnitate interveniente, dummodo facta sit in evidentem Ecclesiae utilitatem, definitum tradit Faber (1); maxime post lapsum longissimi temporis, cujus maxima vis est, tum ad demonstrandam contractus utilitatem, tum ad fundandam presumptionem solemnitatum; ne in odium Ecclesiae retorqueatur, quod in ejus favorem constitutum est.

(1) *Fab. cod. d. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 7., *et de jure emphyteut. lib.* 4. *tit.* 43. *def.* 53.

§. 268.

Imo nec refferre tradit modo laudatus auctor, utrum res jam in emphyteusim dari solita esset: an jam exculta sit, nec unquam in emphyteusim concessa, dummodo contractus in Ecclesiae utilitatem cedat, (1). Sane, cum Ecclesiae, sicut caeterae universitates, utantur jure minorum (§. 153.): alienationes autem factae sine solemnitatibus a pupillis, et minoribus, dummodo utiles sint, ex usu passim in foro recepto sustineantur (§. 562. 2.), eadem pro universitatibus regula servari debet (2). Hinc sequitur, quod subdit idem Faber, vix esse, ut valeat emphyteusis rei Ecclesiae, quae pretiosior sit; quia vix fieri potest, ut Ecclesiae utilitatem sit allatura (3). Sane difficilius permittitur remissio juris, quod directo domino competit, vel utili, quia difficilius prodesse potest.

(1) *Fab. d. lib.* 4. *tit,* 38. *def.* 7. *num.* 8., *et sequ. in corp.*

(2) *Quare, si proprie loqui velis, jure fori recessum dici non potest a jure canonico, quod emphyteusim in iis tantum rebus ecclesiasticis permittit, quae in emphyteusim dari solent. Extravag. Ambitiosae de reb. Eccl. non alien. in Etravag. communib.* (3. 4.)

(3) *Fab. d. def.* 7. *num.* 10., *et seq. in corp.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

§. 269.

Unus tamen casus est, in quo alienatio rei Ecclesiae sustineatur quamvis utilis eidem non sit, dummodo nec sit damnosa: quando fit permutatio cum Principe, favore scilicet Principis, quem decet, speciale aliquod habere privilegium prae subditis (1): quam quidem rem ab Ecclesia comparatam, licet olim Princeps in alios transferre non posset (2); posteriori tamen jure aliud placuit Justiniano (3).

(1) *Novell.* 7. *cap. Ut autem* 2. §. 1.
(2) *D. Novell.* 7. *cap.* 2. §. 1.
(3) *Novell.* 119. *cap. Legem vero* 10.

§. 270.

Ab emphyteusi non multum distat pignus, per quod jus in re constituitur creditori et minuitur jus domino competens (1). Quare pupillis, et minoribus prohibita fuit bonorum immobilium hypotheca, nisi justa adsit caussa, et decretum praetoris interveniat (§. 485., et seqq. 2.): adeoque etiam universitatibus prohiberi debet, ne hinc rebus suis facile eas spoliari contingat. Aliud tamen jus in anthicresi servari debet; neque sub prohibita alienatione continetur, quippequae etiam a pignore distat (2).

(1) *D. L. ult. cod. de reb. alien. non alien.* (4. 51.)
(2) *D. L. ult. cod. de reb. alien. etc.*

§. 271.

Difficilior de censu quaestio est; non quidem, utrum communitas censum, quem pecunia acquisivit sine solemnibus alienare possit; quod non licere certissimum est (1): sed utrum communitas censum vendere possit. Sane si ad strictam juris rationem respiciamus, omnino negandum est; quia census venditio necessario secum trahit hypothecam super fundo censito, quam universitas sine solemnibus imponere nequit (§. praeced.): consuetudine tamen alicubi receptum est, ut vendi possint census ab universitate, non adhibitis solemnibus, quae in caeteris venditionum contractibus praescribuntur (2).

(1) *Exemplo minorum. V.* §. 531., *et seqq. Tom. II.*
(2) *In d. l. ult. cod. hoc tit.*

§. 272.

Quaestio institui solet ab interpretibus, an universitas possit sine solemnitatibus dimittere ea bona, ad quae jus quidem habet, sed quorum dominium nondum acquisivit: puta an possit repudiare legatum sibi relictum, vel haereditatem sibi ex testamento delatam. In hac autem quaestione censent aliqui, legatum ab haereditate distinguendum: in haereditate autem rursus distinguunt, an jure suitatis defferi videatur, necne.

§. 273.

Quod ad legatum pertinet, probabilius defenditur, non posse univesitatem illud repudiare propria sponte, nisi prius adhibita judicis, aut superioris ecclesiastici inquisitione, et facultate praestita; cum enim legati dominium recta via a defuncto ad legatarium ex novissimis Justiniani constitutionibus transeat (1), vere dominium abjiceret universitas, quae legatum repudiaret; quod non licet, quemadmodum nec tutori licere tradidimus (§. 493. 2.) ex Ulpiano (2).

(1) §. *Sed olim* 2. *instit. de legatis* (2. 20.).
(2) *L. Magis puto* 5. §. *Fundum autem* 8. *ff. de reb. eor.* (27. 9.)

§. 274.

Si autem quaestio sit de haereditate, delata quidem, non autem adita, repudiari ab universitate posse sine solemnibus, sentiunt aliqui (1), nisi forte haereditas jure quodam fictitio suitatis ad universitatem deferatur; puta si relicta sit monacho ab ascendentibus; nisi aliud lege, vel moribus obtineat; quidquid enim acquirit monachus, ipso jure in monasterium transit, et monasterium loco filii succedit (2). Sane extra dubium

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

est, praelatum Ecclesiae, qui temere delatam haereditatem repudiaverit, teneri ad resarciendum damnum: tum et Ecclesiam, vel universitatem exemplo minorum restitui ad adeundam haereditatem, quam prius abjecerit (3).

(1) *Quemadmodum de minoribus quoque defendunt.* §. 494. *Tom. II.*

(2) *Auth. Ingressi, et seqq. post l. 13. cod. de sact. Eccles.* (1. 2.)

(3) *De hac re infra fusius suo loco dicemus.*

§. 275.

Tandem, quemadmodum cujusque generis obligationem, seu actionem pupillo competentem inter immobilia referri posse diximus, quatenus sine interventu tutoris, et judiciali decreto facta solutio perfectam liberationem non parit (§. 555. 2.): ita et de actionibus universitatum constituerunt Imperatores, ne ex debiti solutione aliter liberatio contingat, praeterquam si *apud acta totius, vel majoris partis ordinis intercedente decreto .... dissolvendae obligationis caussa probetur* (1).

(1) *L. Nec venditio 2. cod. de praed. decur.* (10. 33.)

§. 276.

Unum est, in quo universitates a minoribus differunt; videlicet in locatione bonorum immobilium (1); tum quod pertinet ad solemnitates, tum quod respicit tempus locationis. Quoad solemnitates, recepta est in foro distinctio inter bona, quae antiquitus sunt radicata in dominio universitatis, vel quae sunt magni momenti, decoria, aut reditus: aliaque rustica, et talliabilia, quae nonnisi per accidens venerunt in dominium communitatis, et quorum locatio utilior est, imo necessaria, ut facilius solvi possint onera Principi debita, et dissolvi aes alienum.

(1) *Longe tamen consultius est, ut res minoris ad longum tempus, sive ultra triennium, non locentur, nisi praeviis subhastationibus.* §. 1463. *num. 1. in allegat. Tom. II.*

§. 277.

Bona priora generis locari nequeunt per longum tempus, nisi eaedem serventur solemnitates, quae in venditione praestitutae sunt; quia de re magni momenti agitur, non temere a communitate peragenda (1). Si vero locatio ad modicum tempus fiat, vel ad diuturnum quidem, sed de bonis rusticis, et talliabilibus, quae per accidens venerunt in dominium universitatis, cum nonnisi leve damnum timeri possit, vel plerumque ea locari magis expediat, imo et alienari, facilius fuit earum locatio universitati permittenda sine solemnibus (2).

(1) *Losaeus de jure universitat. part. 3. cap. 7 num. 6., l. Loca omnia 3. cod. de locat. praedior. civil.* (11. 70.)

(2) *Ita passim doctores argum. l. ult. cod. hoc. tit.*

§. 278.

Quin et hoc amplius favore universitatum constitutum est, ut conductores idoneum fidejussorem praestent (1): futurum alioquin, ut administratores ipsi in solidum teneantur, si idonee caveri non satagerint (2). Caeterum, ut obiter dicamus, nec conductores vectigalium publicorum, nec Ecclesiarum, vel similium fruuntur privilegiis quae fisco, Ecclesiae, vel similibus competunt; quia hi et propriam caussam agunt, et propriae utilitati, non publicae student (3).

(1) *L. Curatores 3. §. 1., l. ult. §. Item 3. ff. hoc tit., l. Nec venditio 2. cod. de praediis decurion.* (10. 33.)

(2) *D. l. 3. §. 1. ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. de vectigalib., et commissis lib. 4. tit. 40. def. 1.*

§. 279.

Si quaeratur, quo in loco, et quo auctorante fieri debeant subhastationes pro locatione rerum universitatis, respondemus, Regio jure constitutum esse, ut fiant a consilio ordinario, in locis solitis, cum interventu, et auctoritate praefecti provincialis tributorum

in locis, ubi sedem habet; in aliis vero autoritate judicis ordinarii (1). Quod si, occasione istarum subhastationum, quaedam forte dissidia oriri contingat, eidem praefecto provinciali tributorum concessa facultas est, qua de iis summarie cognoscat, et sententiam ferat (2).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

(1) *Ita cavetur R. Diplomate* 18. *Maii* 1656.
(2) *D. Diplom., ubi et additum ex augmento dimidiae sextae semper fieri locum novae, sed unicae licitationi, pro singulis auctionibus, quae tamen fiant infra viginti dies. V. et Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 12. §. 7.

§. 280.

Quod pertinet ad tempus servandum in locatione rerum ad universitates pertinentium, jure civili nihil hic speciale invenitur constitutum: Callistratus meminit quinquennii, quasi in hujusmodi temporis spatium locari solerent (1); ea addita lege, ut locationis tempore finito veteres conductores novis praeferantur, si eandem pensionem afferant (2).

(1) *L. Non intelligitur* 3. §. *Cum quinquennium* 6. *ff. de. jure fisci* (49. 14.).
(2) *L. Congruit* 4. *cod. de locat. praed. civil.* (11. 70.)

§. 281.

Locatio autem rerum Ecclesiae jure canonico prohibetur sine solemnitatibus, ea, quae triennium excedat (1): unde colligunt vulgo doctores, in triennium locari posse sine ulla solemnitate; atque triennium interpretantur de tribus annis fructiferis: itaut si locetur fundus, qui singulis tantum bienniis fructus ferat, locatio ad sex annos fieri possit, et ita in aliis; quo enim anno nulli fructus ex fundo percipiuntur, nulla videtur esse locatio.

(1) *Extravag. Ambitiosae de reb. Eccles. non alien. in extravag. comm.* (5. 4.)

§. 282.

Quod si in longius spatium producta locatio fuerit, puta in novennium, distingui solet, utrum simpliciter, et indivisibiliter facta sit, an divisibiliter ad primum, secundum, et tertium triennium, itaut uno triennio elapso liberi sint contrahentes. In priore specie nulla erit locatio; etiam pro primo triennio, utpote in fraudem legis facta; atque individuitas a contrahentibus volita impedit, quominus una pars contractus aliis corruentibus subsistat. Valebit in altera, itaut elapso priore triennio continuata censeatur, nisi contrahentes dissentiant; quia nulla fraus fieri videtur legi, sed tantum id agi, ut vitentur incommoda, et expensae renovationis contractus.

ARTICULUS II.

Quae res universitatum alienari prohibeantur, et quae sit justa alienandi caussa.

SUMMARIA.

Jure civili solae res immobiles universitatum prohibentur alienari sine solemnitatibus. Jure canonico Ecclesia non potest, sine justa caussa, distrahere res immobiles pretiosas. §. 283.

Immobiles res aestimantur praedia, jure, et actiones ad res immobiles: tum quae sunt pars, vel accessio rei immobilis: vel jure dominii in re immobili constituti habentur. §. 284.

Immobilibus quoque connumerantur reditus annui, quamvis a persona debeantur, si praedia pro illis sint obligata: lapidicinae, molendinum natatile, et similia. §. 285., *et* 286.

Utrum alienari possint sine solemnibus ab universitate res modici valoris, vel steriles, et infructuosae? §. 287., *et* 288.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

Referuntur species quaedam alienationum, quae universitatibus permittuntur. §. 289.
Quid si alienatio secuta fuerit alterius contrahentis decipiendi caussa? §. 290.
Distrahi nequeunt sine solemnibus bona, quae etiam unico momento fuerint universitati incorporata. §. 291.
Potest tamen ex communi sententia monasterium incapax acquirendi bona immobilia, ea alienare sine solemnitatibus, ut pretio fruatur. §. 292.
Sed non potest sine solemnibus repudiare legatum rei immobilis, vel haereditatem. §. 293.
Justa hic alienationis caussa est non tantum necessitas, sed etiam utilitas. §. 294.

§. 283.

Inter res, quas ab universitatibus alienari prohibet Imperator Leo, nisi ab ipso praescriptae solemnitates observentur, enumerat idem Imperator domus, annonas civiles (1), aedificia cujuscumque generis, et mancipia (2), rustica nempe, quia haec agris colenda destinata, iisque, ita dixerim, annexa, veluti eorum pars censebantur: qua ratione tutoribus quoque, et curatoribus eorum distractio sine solemnitatibus prohibita fuit (3). Hinc patet, immobilium tantum alienationem prohiberi, vel eorum, quae instar immobilium habentur: Ecclesia tamen jure canonico prohibetur, ne temere distrahat res mobiles pretiosas, quae servando servari possunt (4).

(1) *Annonae nomine generaliter continetur, quidquid ad victum pertinet: ab anno dicta est annona, quasi annua alimonia. Annonae autem civiles dicebantur erogationes frumenti potissimum, sed et vini, olei, et similium, quae praediorum provincialium domini, vel conductores praestabant pro militaribus, palatinisque officiis. L. Æs quidem 2. cod. de annon. et tributis (10. 16.). A tributis vero distinguebantur, quod tributa jumentis, vestibus, paecunia penderentur, ut docet cum aliis Cujacius. Hinc patet, cur annonae civiles rebus immobilibus connumerentur; quia nempe sunt veluti quidam reditus, qui a praedio ipso debentur.* Annonas autem is solvere debet, qui possessiones tenet, et fructus percipit. *Ita in d. l. 2. cod. de annon., et tribut.*

(2) *L. ult cod. hoc tit.*

(3) *L. Lex, quae tutores 22. cod. de admin. tut.* (5. 37.)

(4) *Extravag. Ambitiosae de reb. Eccles. non alien. in extravag. communi,* (3. 4.)

§. 284.

Immobilium vero nomine continentur non tantum res, quae de loco ad locum moveri nequeunt, veluti praedia, aedificia (§. 522 2.), sed jura quoque, et actiones ad res immobiles (1): tum generaliter quae tamquam pars rei immobilis considerari possunt: vel tamquam ejus accessio, vel quae jure dominii in re constituti habentur (§. 523. 2.), adeoque arbores, quae caedi non solent (§. 526. 2.), ususfructus (§. 528. 2.) usus (§. 529 2.), emphyteusis (§. 530. 2.): non tamen fructus cujuscumque sint generis (§. 527. 2.).

(1) *V.* §. 520. *Tom. II.*

§. 285.

Quod pertinet ad reditus annuos non tantum fundarios, idest qui a praedio ipso debentur, et quodam jure dominii in fundo percipiuntur (§. 531. 2.); sed et non fundiarios, qui a persona principaliter debentur, dummodo praedia pro illis sint obligata, sive in perpetuum sint constituti (§. 532. 2.), sive ad tempus tantum, immobilium appellatione in hoc argumento contineri demonstravimus (§. 533. 2.), ut pecunias penes campsorem depositas (§. 534. 2); imo et quamlibet obligationem, quatenus solutio facta sine solemnibus liberationem non parit (§. 275.).

§. 286.

Sane nemo dubitat, quin lapidicinae, aut cujuscumque alterius generis fodinae

immobilibus adcenseantur, quatenus fundi pars sunt (§. 536. 2). Demum idem jus obtinere, saltem quoad necessitatem caussae, et solemnitatum, diximus de molendino natatili (§. 537. 2.); de taxu, et bauco actuariae (§. 539. 2.). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

§. 287.

Regulam generalem exposuimus, ex qua prohibentur sine consuetis solemnitatibus alienari res immobilea universitatum. Inquirendum est, utrum aliquas patiatur exceptiones. Imprimis traditur, solemnia adhibenda non esse, cum alienandae sunt res modici valoris, vel steriles, et infructuosae (1); ne plus impendi debeat, quam ex earum venditione redigi potest: si tamen urgeat necessitas (2).

(1) *Can. Terrulas* 53. *caus.* 12. *qu.* 2. *Res modici valoris, cum de rebus Ecclesiae agitur, interpretata est Sacra Congregatio Concil. Trident., quae non excedunt* 40. *scutos Romanos.*

(2) *Fab. cod. de reb. alien. non alien. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 6.

§. 288.

Verum, ne pro arbitrio administratorum tributa facultas in perniciem universitatum facile vergat, praevia in singularibus casibus superioris auctoritas requirenda est; qui adhibita caussae cognitione alienationem permittet, vel denegabit (1).

(1) *V. Ferraris in prompta sua Bibliotheca in v.* Alienatio *art.* 3. *num.* 4.

§. 289.

Praeterea, cum universitates eodem jure regantur, ac minores, valet alienatio rei, creditori hypothecatae (§. 669. 2.): tum et pignoris praetorii, vel judicalis (d. §. 669. 2.) vel ad exsolvenda tributa publica (§. 671. 2.): tum et si Princeps ita concesserit (§. 690. 2.). Insuper etiam pro cautela litis obligari possunt res universitatis (§. 682. 2.) vendi res pignoratae, quae adhuc jure pignoris ab universitate retineantur (§. 683. 2.).

§. 290.

Si autem fingamus, circumveniendi potius alterius contrahentis gratia alienationem peractam fuisse, dolus quidem nocebit administratoribus, qui ejusdem conscii sunt, non autem toti universitati, quae innocens est: nisi forte consilium generale per capita domorum habitum fuisset; decuriones enim universitatem quidem repraesentant, sed eam non constituunt, nec universitatem obligare possunt in iis, in quibus non habent mandatum. (§. 205.)

§. 291.

An bona, universitati nondum incorporata, distrahi possint sine solemnibus, non consentiunt interpretes Quidam affirmant, negant alii. Certa ab incertis separemus. Imprimis fatentur omnes bonorum, quae unico etiam momento fuerint in dominio universitatis, alienationem solemniter fieri debere: sicut enim unico momento dominium ab uno in alium transferri potest, ita et acquiri (1): adeoque verum est, alienari rem, quae est in dominio universitatis, quod leges prohibent, nisi praescriptae solemnitates adhibeantur (2).

(1) *L. Servus dotalis* 58. *ff. solut. matrim.* (24. 3.)

(2) *L. ult. cod. hoc tit.*

§. 292.

Communis quoque sententia est canonistarum, distrahi posse sine solemnitatibus immobilia bona relicta monasterio, seu Ecclesiae incapaci ea retinendi; cum enim propter ejus incapacitatem incorporari nequeant, possunt sine solemnitate juris alienari, ut pretium convertatur in utilitatem Ecclesiae, vel monasterii, quod pretii acquirendi capax est (1).

(1) *Ita specialiter Ordini de Observantia concessisse S. P. Clementem VII. in Constit. Nuper* 23. *Novembris* 1625., *refert Ferraris v.* Alienatio *art.* 3. *num.* 5., *ut et de aliis definisse testatur Sacr. Congregat.*

§. 293.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

Difficultas igitur in eo tantum consistit, utrum universitas alienare possit bona, ad quae jus quidem habet, sed quorum dominium nondum acquisivit: puta an possit repudiare legatum, vel haereditatem. Diximus autem legatum rei immobilis sine solemnibus repudiare non posse, neque haereditatem (§. 289., et sequ.).

§. 294.

Quae sit legitima alienationis caussa, ex comparatione cum pupillis, et minoribus facile dignosci potest. Justa ergo dicitur alienatio, non tantum si necessitas urgeat, sed etiam si utilitas suadeat, quam ex alienatione perceptura sit universitas (1); cum enim in favorem universitatum inducta sit alienationis prohibitio, ubi utilis est, cessat prohibitionis ratio; ne alioquin in detrimentum vertatur, quod propter emolumentum constitutum est: quod aequitas non patitur (2).

(1) *L. ult. cod. hoc tit., Novell. 7. cap. Ut autem 2. §. 1., cap. Sine exceptione 52. caus. 12. quest. 2., Extravag. Ambitiosae extra de reb. Eccles. non alien. in Extravag. commun. (3. 4.), Fab. cod. de reb. alien. non alienand. lib. 4. tit. 38. def. 6.*

(2) *D. Novell. 7. cap. Ut autem 2. §. 1.*

ARTICULUS III.

Quibus solemnitatibus peragi debeat alienatio rerum ad universitates pertinentium.

SUMMARIA.

Eaedem praestitutae sunt solemnitates intrinsecae alienationum pro universitatibus cujuscumque generis: sed singulares quaedam praescribuntur extrinsecae solemnitates in alienatione rerum ad ecclesiasticas universitates pertinentium. §. 295.

Generales solemnitates servandae in alienationibus ab ipsa universitate, seu ab ejus consilio peragendis, ad quinque capita referuntur: duae insuper conditiones desiderantur, cum alienatio fit ab aliquo ex administratoribus. §. 296.

In primis requiritur legitima consilii congregatio. Consilium universitatis ordinarium potest alienare. Demonstratur tum ratione, tum argumentis ex jure depromptis. §. 297., et 298.

An requiratur consilium universitatis per capita domorum in negotiis arduis? Quae negotia ardua reputentur? §. 299.

Ex recepta passim consuetudine non requiritur interventus majoris partis honoratorum, et possessorum: maxime si ordo decurionum ex honestioribus constet, et alienatio sequatur tempore belli, justa accedente caussa. §. 300.

Jurisjurandi praestatio non est de forma alienationis; et sufficit jusjurandum praestitutum in assumptione officii. §. 301.

Quid si consuetudo haec alicubi per contrariam abrogata sit; vel res magis utilis fuerit vendita? §. 302.

2. Requiritur, ut judex diligenter inquirat in necessitatem, vel utilitatem, et modum alienationis. §. 303.

3. Necessaria est subhastatio, quam praecedat aestimatio. Quid Romano jure, et patrio constitum sit? §. 304.

Omitti possunt subhastationes ex Principis indulgentia, temporis calamitate, vel contraria consuetudine. §. 305.

Universitas solemnitatibus renunciare nequit. Judex potest ex officio contractum irritum declarare, quamvis universitas defectum solemnitatum non opponat. §. 306.

Subhastationes publice, et interdiu faciendae sunt: specifice exprimi debent bona, eorum qualitas, et quantitas: tum locus, et dies certo definiri, quo licitatio facienda sit. §. 307.

Si res denuo subhastetur, et pretium minuatur, manifestanda est pretii deminutio. §. 308.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

Valent subhastationes, quamvis pacto praevio conventum fuerit pretium cum emptore, nisi alter meliorem offerat conditionem. Subhastationes subsequi possunt contractum. §. 309.

Si alienatio fiat a singulari administratore, requiritur insuper speciale mandatum, et versionis probatio. §. 310.

Hactenus expositae solemnitates servandae quoque sunt in alienatione bonorum Ecclesiae, confraternitatum ecclesiasticarum, earumque, quae ad mensam Episcopalem, et commendas ordinum militarium pertinent. §. 311.

Sed speciales duae solemnitates hic requiruntur: nimirum consensus superioris Ecclesiae, et Apostolicae Sedis licentia. §. 312.

Sufficit consensum Summi Pontificis obtinere post peractam alienationem, quae in suspenso interim est. §. 313.

Transitio. §. 314.

§. 295.

Quae hactenus exposuimus de alienationis, et immobilium bonorum significatione, tum et de necessitate, vel utilitate alienationis, cujuscumque generis universitati conveniunt. Quod vero pertinet ad extrinsecas alienationis solemnitates non eadem servatur jurisprudentia pro diversae speciei universitatibus; quatenus diversa earum indoles diversas quoque leges exposcit. Distinguendae ergo hic sunt civiles universitates ab ecclesiasticis; quia, etsi in plerisque conveniant, in aliquibus tamen discrepant: sive, ut melius dicam, solemnitates omnes, quae requiruntur, ut vim habeat alienatio bonorum immobilium ad civiles universitates pertinentium, servari etiam debent in alienationibus bonorum Ecclesiae; sed haec peculiaria quaedam desiderant sacris canonibus inducta, atque vulgo in foro recepta. Quare in primis enumerabimus solemnitates servandas ab universitatibus civilibus in alienatione bonorum: tum quae in distractione rerum Ecclesiae praestitutae sunt.

§. 296.

Cum quaeritur de solemnitatibus servandis in alienatione bonorum civitatis, vel alterius similis universitatis, distinguere oportet; quemadmodum et distinximus cum de contractibus universitatum agebamus (§. 199.), utrum per se ipsam alienare velit, an vero ab aliquo ex ejusdem universitatis administratoribus peragenda sit alienatio; nam in posteriore hac specie quaedam etiam specialia requiruntur praeter ea, quae in prique statuta sunt: mandatum videlicet, et versionis probatio. Solemnitates in hisce alienationibus generaliter prestitutae, sive ab universitate sive ab administratoribus peragantur, ad quinque capita referri possunt. In primis requiritur legitima congregatio universitatis, seu consiliariorum: 2. Caussae cognitio: 3: Publica bonorum subhastatio, quam 4. praecedere debet aestimatio: 5; Demum judiciale decretum, quo, his omnibus legitime peractis, alienatio permittatur (1).

(1) *V. Losaeum de jure universitat. par. 3. cap. 5.*

§. 297.

In primis ergo requirimus legitimam consilii congregationem; neque enim aliter universitatem repraesentat, ejusque vice fungitur (1). Sed hic statim a limine exurgit quaestio; utrum ad alienationem sufficiat consilium ordinarium; seu, ut duae partes ex tribus consiliariorum intersint, an vero necessaria sit generalis consilii congregatio, saltem per capita domorum. Rectius sentire videntur, qui existimant, ad perficiendam rerum

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

universitatis alienationem sufficere consilium ordinarium; cum enim consilium hujusmodi legitime congregatum universitatem repraesentet (§. 203.), competere ei debet facultas omnia peragendi, quae ad rectam bonorum administrationem, et universitatis commodum pertinent.

(1) *Quae requiruntur, ut legitime congregata dicatur universitas, superius exposuimus in capite 3. hujus tituli. V.* §. 200.

§. 298.

His addi potest, nullum in legibus vestigium apparere, quo necessitas generalis consilii innuatur: imo potius eandem excludunt tum Imperatores Theodosius, et Valentinianus, cum ad validitatem alienationis unice requirunt auctoritatem totius ordinis, vel majoris partis decurionum; non secus ac in solutione universitati facienda (1), quam nemo dixerit, non aliter parere liberationem, nisi generalis consilii auctoritas intercesserit: tum, et praecipue, Leo Imperator, qui hujusmodi alienationum formam consulto praescribens, exigit quidem praesentiam majoris partis curialium, tum honoratorum, et possessorum, sed generalis consilii ne verbum quidem habet (2): quin frustra omnino specialis majoris partis honoratorum, et possessorum mentio facta fuisset; quippequi in generali concilio comprehendantur. Jure ergo sententia haec consuetudine patriae Pedemontanae recepta fuit (3).

(1) *Nec venditio rei haereditariae Curiae acquisitae, aut debitoris haereditarii, qui solverit, liberatio aliter admittenda est, nisi apud acta totius, vel majoris partis Ordinis, intercedente decreto, ineundi contractus, vel dissolvendae obligationis caussa probetur. L. Nec venditio* 2. *cod. de praed. decur.* (10. 33.)

(2) *D. L. ult. cod. hoc tit.*

(3) *Thes. decis.* 249. *num.* 1.

§. 299.

Neque obest, quod dici solet, in negotiis arduis, quale est alienatio, requiri consilium universitatis per capita domorum (1); tum quia ea tantum res gravis, et ardua dici debet, quae magnum praejudicium timetur allatura; tum quia ad summum sententia illa locum habere possit in villis, ubi decuriones non sunt doctores, nec alias viri graves, ac sagaces: non autem in locis, ubi numerosus est populus, et consilium componitur ex honestioribus; et sagacioribus viris universitatis (2).

(1) *Thes. decis.* 257. *num.* 2.

(2) *Thes. ibid. num.* 3, *et ult.* ✠

§. 300.

Neque defectus majoris partis honoratorum, seu honestiorum ex universitate, et possessorum obest venditioni, ex vi ejusdem consuetudinis, quae auctoritate consilii ordinarii contenta est (1): maxime in ordo decurionum ex honestioribus constet, ut proinde menti legis (2) satisfactum sit; atque contractus tempore belli fuerit celebratus, ex quo fere impossibilis redditur honoratorum, et possessorum congregatio; et alienatio ex caussa necessaria peracta sit (3).

(1) *Thes. d. decis.* 257. *num.* 3.

(2) *Videlicet legis ult. cod. hoc tit.*

(3) *Necessitas enim, ut vulgo traditur, excusat a solemnibus: et vix curandum est de modo, cum finis obtinetur.*

§. 301.

Idem ferri debet judicium de jurisjurandi praestatione, quae omissa fuerit (1); tum quia non est de forma alienationis, sed concernit meros juris apices; tum quia, cum ex supposita consuetudine decurionum auctoritas sufficiat ad vim alienationi dandam, sufficere quoque debet jusjurandum a principio in assumptione officii praestitum (2).

(1) *Quod tum a decurionibus, tum ab honoratis, et possessoribus exigitur in d. l. ult.*

(2) *Rebuf. ad l. ult. cod. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

§. 302.

Haec tamen tantum obtinent in locis, ubi consuetudo haec recepta sit, et vigeat; alioquin enim generales juris Romani regulae servari debent (1): maxime quia ad aequitatis, et publicae utilitatis normam compositae sunt.

(1) *L. De quibus caussis* 32., *et seqq. ff. de legib.* (1. 3.)

§. 303.

2. Requiri diximus diligentem judicis inquisitionem (1); quae in eo consistit, ut judex perpendat, an utilis, vel necessaria sit alienatio. Si necessaria, puta ad aes alienum exsolvendum, dispiciendum erit, quemadmodum et de pupillis, et minoribus diximus (§. 545., et seqq. 2.), utrum magis expediat alienare, an utilius sit pecuniam mutuam sub obligatione bonorum accipere: si utilior bonorum alienatio quam obligatio sit, id agendum erit, ut res minus pretiosae, et minus utiles vendantur, atque ex his ea dumtaxat quantitas, quae aeri alieno dissolvendo, vel aliis caussis sufficiet.

(1) *D. L. ult. cod. hoc tit. Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 11. §. 4., *et tit.* 13. §. 7. *V. supra* §. 158. *all. ult.*, *ubi demonstravimus, judicis interventum omnino necessarium esse in concilio universitatis, cum res immobilis alienanda proponitur.*

§. 304.

3. Requiritur publica bonorum subhastatio, quam praecedat aestimatio (1): haec quidem jure Romano non praescribuntur (§. 626. 2.): sed communi fere omnium gentium usu ad abundantiorem cautelam recepta sunt, exemplo etiam juris Romani, quod in perpetuis locationibus praediorum, quae ad rempublicam spectabant, publicas licitationes exigebat (2). Subhastatio autem, et praevia periti aestimatio jure, quo nunc regimur, ad substantiam, seu, ut pragmatici loquuntur, ad formam actus pertinere videntur, quemadmodum in alienationibus bonorum immobilium ad pupillos, vel minores pertinentium (§. 609., et seqq. 2.); quibus exprese in hoc argumento universitates cujuscumque generis aequiparantur (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 11. §. 4.

(2) *Loca omnia, fundive reipublicae, propositis prius libenter edictis, dehinc ubi in eum canonis modum contendentium augmento succreverint, ut extendi ultra, aut superari alterius oblatione non possint, perpetuariis conductoribus locentur. L. Loca* 5. *cod. de locat. praed. civ.* (11. 70.)

(3) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 11. §. 3., *et* 4.

§. 305.

Exceptio est, si Princeps ex justa causa, puta ad evitandas graviores, quae in his fiunt, expensas, solemnitates subhastationum remiserit (1): vel propter temporis calamitates, hostium incursiones, vel belli pericula subhastationes peragi non potuerint (2); cum receptissimum apud omnes sit, necessitatem a quibuscumque solemnibus excusare (§. 688. 2.), vel forte contraria consuetudo legitime firmata inducta fuerit (3).

(1) *L. Illud requirendum* 2. *cod. quando decret. opus non est* (5. 72.)

(2) *V. quae diximus* §. 300. *supra.*

(3) *V.* §. 620., *et seqq. Tom. II.*

§. 306.

Quamvis vero remitti a supremo Principe possint hujusmodi solemnitates, non seque tamen universitas iisdem potest renunciare (1): quemadmodum nec minoribus renunciatio permittitur (2); quia lex, quae subhastationes praescribit, simul prohibet, ne aliter bona immobilia universitatum distrahantur: legi autem prohibenti renunciari non potest

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31. (§. 93. 1.). Quo fundamento docent pragmatici, judicem posse ex officio supplere, et contractum irritum declarare, etiamsi universitas ex parte sua, defectum solemnitatum non opponat (3); quia hinc nullus ipso jure fiat contractus, adeoque deficiente jure actoris judex absolvere debeat.

(1) *Ab-Eccl. obs. for. par. 1. obs. 129. num. 14., et 18.* ✠

(2) *Losaeus de jure universitat. par. 3. cap. 5. num. 14.*

(3) *Argum. l. Ubi pactum 40. cod. de transactionib.* (2. 3.)

§. 307.

Caeterum subhastationes publice; et interdiu fieri debent, ut cuique offerenti liber aditus pateat (1): et in iis, seu potius in edictis, quae proponi debent, specifice exprimenda sunt bona, eorum qualitas, et quantitas (2); tum locus, et dies certo definiri, quo licitatio facienda est (3); alioquin enim obtineri non potest finis subhastationum, in eo consistens, ut, quantum fieri potest, majori praetio res distrahantur. Hinc nulla erit subhastatio bonorum cum juribus aquarum in genere tantum designatis; quia specifice sunt exprimenda ad alliciendos plures licitatores. Vel si falsa dies assignata fuerit ad compareudum; nisi falsitate detecta nova fuerint facta proclammata, et affixa nova edicta; quemadmodum suo loco demonstrabimus.

(1) *Reg Const. lib. 5. tit. 12. §. 2.*

(2) *Non tamen rescindetur deliberamentum eo praetextu, quod jugerum quantitas non fuerit rite designata; si haec demonstrative tantum, non vero taxative, ut pragmatici loquuntur, fuerit adjecta, nisi expresse licitator ostenderit, se ad determinatam jugerum quantitatem respexisse. Etenim eo plane consilio demonstrative quantitas indicatur, ne specialior, et individua determinatio desiderari possit.*

(3) *Reg. Const. lib. 5. tit. 12. §. 1.*

§. 308.

Cum autem praeter hactenus enumeratas subhastationum conditiones, adhuc rei pretium exprimi debeat (1), si forte post priorem licitationem minuatur pretium., deminutio haec publice denuncianda erit, ut inde facilius emptores alliciantur, et veram rei aestimationem cognoscere possint.

(1) *Reg. const. d. lib. 5. tit. 12. §. 1.*

§. 309.

Sed validitati subhastationum non obest praevia conventio, qua pretium statutum, et conventum fuerit cum emptore; ea tamen adjecta conditione, nisi alter meliorem offerat conditionem; hujusmodi enim pactum prudens est, cum per illud universitas propriae consulat utilitati, nec ullum dispendii periculum subeat (1). Ex quo sequitur, defectum subhastationum per se statim non irritare contractum; utpotequae eo etiam inito adhiberi possiot (2).

(1) *Adeoque prohiberi non debet. L. Nulla juris 25. ff. de legib.* (1. 3.)

(2) *Quae enim non ad substantiam, seu formam actus pertinent, sed in alterius utilitatem praescribuntur, non interest, quocumque tempore adhibeantur, dummodo finis legis obtineatur. L. Quo enim 12. §. Julianus 2. ff. ratam rem haber.* (46. 8.)

§. 310.

Hactenus de venditione, quae ab universitate, sive a majori parte consilii, quod eam repraesentat, celebranda sit. Si autem a syndico, vel alio quovis singulari administratore facienda proponatur, non aliter rata est, quam si mandatum speciale ad alienandum habeat, quod utpote magni momenti, nunquam praesumitur: quo quidem mandato non tantum vendendi facultas detur, sed et vendi plerumque jubeatur (1). Praeterea versio pretii demonstranda erit in utilitatem universitatis (§. 212. et, seqq.); quae tamen facilius praesumitur in alienationibus, utpotequae fiant auctoraote judice, ex cujus decreto oritur praesumptio, omnia fuisse legitime peracta (2). Vix memoro, administratores non

aliter auctoritate sua firmare posse alienationem, quam si legitimi sint (3), ut de tutoribus diximus (§ 574. 2).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

(1) *V. de mandati necessitate, aliisque, quae ad mandatum pertinent.* §. 305, *et seqq.*
(2) *L.* 1. §. *Et sunt verba* 2., *l. Magis puto* 5., §. *Manet actio* 15. *ff. de reb. cor.* (27. 9.)
(3) *Losaeus de jure universitat. par.* 3. *cap.* 5. *num.* 20.

§. 311.

Expositis solemnitatibus, quae in alienationibus bonorum immobilium ad civiles universitates pertinentium communi, vel municipali lege desiderantur, breviter enumerandae sunt, quae singulariter requiruntur in alienationibus bonorum Ecclesiae: singulariter dixi; nam extra dubium est, solemnitates easdem requiri in his, quae in aliis (1): videlicet legitimam convocationem; et congregationem eorum, quorum de re agitur; vel mandatum, si ab uno ex iis peragenda sit alienatio: tum praeviam caussae cognitionem, bonorum aestimationem, subhastationem, et versionem ex communi sententia (2); atque idem obtinet in confraternitatibus, quae regulariter inter loca pia connumerantur (3): tum et in rebus ad mensam Episcopalem spectantibus (4). Quod apud nos Regio jure firmatum est (5). Deinum et in bonis, quae ad commendas ordinum militarium pertinent, quia commendae hae instar beneficiorum habentur (6).

(1) *Losaeus d. loc. num.* 12.
(2) *Losaeus ibid. num.* 1., *et seqq.*
(3) *V. quae diximus* §. 137. *all.* 1.
(4) *Fab. cod. de reb. alien. non alien. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 6.
(5) *Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 11. §. 4.
(6) *Concil. Trident. de reformat. sess.* 24. *cap.* 17.

§. 312.

Non commemoro necessitatem tractatus capitularis, quo praelatus cum capitulo, vel conventu disquirat, an expediat alienare, necne (1): nec quod adsit consensus totius capituli, vel saltem majoris partis, aut sanioris, (2); haec enim etiam desiderantur in aliis. Idem dicendum de subscriptione capitularium, seu clericorum, aut monachorum (3); neque enim magis ad substantiam alienationis pertinere videtur in Ecclesia, quam in caeteris civilibus universitatibus. Potius ergo inter speciales solemnitates referri debet 1. Consensus superioris Ecclesiae, de cujus bonis alienandis agitur. 2. Apostolicae Sedis specialis licentia (4). Quod et apud nos usu fori receptum fuit (5).

(1) *Can. Sine exceptione* 52. *caus.* 12. *quest.* 2., *cap. Tua nuper* 8. *extra de his, quae fiunt a praelat. sine consens. capit. D. G.* (3. 10.), *cap.* 1. *extra de reb. Eccl. non alien. in* 6. *D.* (3. 9.)
(2) *D. can. Sine exceptione* 52. *caus.* 12. *quaest.* 2., *cap. Ut super* 8. §. *ult. extra de reb. Eccles. alien., vel non D. G.* (3. 13.)
(3) *Cap.* 1. *de his, quae fiunt a praelat.*
(4) *Cap. ult. extra de reb. Eccles. non alien. in* 6. *D., Extravag. Ambitiosae un. extra eod. tit. extravag. com.* (3. 4.)
(5) *Fab. d. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 6. *in princ., junct. all.* 1., *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 37. *num.* 1.

§. 313.

Disputant doctores, utrum consensus Summi Pontificis ante perfectam alienationem intervenire opus sit, an sufficiat, si deinde accedat. Probabilius defenditur, sufficere ad vim alienationis, si ea completa, antequam tamen res integra esse desinat, licentia Sedis Apostolicae postuletur, et obtineatur; hic enim consensus proprie solemnitas non est, quae formam det contractui, sed potius conditio, sine qua subsistere alienatio nequit: conditiones autem hujus generis valorem quidem actus suspendunt, donec im-

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31. pletae fuerint; sed quocumque tempore impleri possunt, dummodo interim res integra relinquatur (§. 619. 2.).

§. 514.

Postquam expendimus ea omnia, quae civilibus, vel municipalibus legibus praescribuntur, ut alienatio rerum universitatis valeat, breviter inquirendum superest, quis sit alienationis non jure celebratae effectus: tum an aliquando valere possit, quamvis praescriptae solemnitates non fuerint servatae.

ARTICULUS IV.

Quis sit effectus alienationis non jure factae: et an aliquando valere possit sine solemnitatibus.

SUMMARIA.

Alienationis non jure celebratae effectus est, ut dominium ab universitate non transferatur in emptorem, qui proinde rem cum fructibus restituere tenetur: adhibita tamen distinctione inter possessorem bonae, et malae fidei §. 515.

Quemadmodum universitas rem, et fructus repetit, ita pretium cum usuris, et melioramenta solvit. §. 516.

Si rescindatur permutatio rei Ecclesiae, restituere debet Ecclesiae, quod percepit: fructuum fit compensatio. §. 517.

Universitas actione mandati, vel negotiorum gestorum repetit ab administratoribus damnum, quod ex alienatione perperam facta passa est. §. 318.

Valet alienatio sine solemnibus, si Princeps ea remiserit; sed non prodest remissio testatoris, aut alterius qui rem immobilem universitati dederit. Contrahentes sponte solemnibus renunciare non possunt. §. 319.

Remittuntur solemnitates ex caussa necessitatis, et utilitatis; atque contraria consuetudine. §. 320., *et* 321.

Confirmatur alienatio non legitime facta per ratihabitionem universitatis, in qua consuetae solemnitates adhibitae fuerint. §. 322.

Tacita ratihabitio perinde, ac expressa, irritam ab initio alienationem firmat. Ex longa observantia contractus ratihabitio praesumitur. §. 323.

Probare debet adhibitas esse solemnitates, qui asserit; sed conjecturis, et indiciis possunt demonstrari. §. 324.

Claudicat contractus favore universitatis: ejus vitium a tertio allegari nequit, nisi ipsius intersit. Demonstratur exemplo universitatis, quae sine solemnibus cesserit alteri censum sibi debitum. §. 325., *et* 326.

§. 515.

Alienationis non jure celebratae effectus generalis est, ut nullas vires habeat, adeoque considerari debeat, perinde ac si facta non fuisset: nec dominium ab universitate amissum, nec in acquisitorem translatum (1). Hinc, quemadmodum de minorum rebus perperam alienatis diximus, poterit universitas a quocumque possessore rem suam vindicare (§. 642. 2.), etiam cum fructibus (§. 644. 2.): adhibita tamen distinctione inter possessorem bonae fidei, et malae fidei: itaut prior fructus tantum restituat a die litis contestatae (2): posterior vero a die coeptae possessionis (3), juxta generales juris regulas, quibus possessor bonae fidei fructus suos facit, quamdiu durat bona fides, quae per litis contestationem tollitur; possessor vero malae fidei perceptos, tum extantes, tum consumptos, immo et percipiendos restituit (§. 645., et seqq. 2.); quin

intersit, utrum de primo acquisitore agatur, an de tertio possessore: qui tamen a primo in eo distat, quod facilius bonae fidei praesumitur (§. 648. 2.). Fructus autem, qui facile compensantur cum usuris, et melioramentia (4), aestimandos diximus secundum valorem cujusque anni, quo consumi solent (§. 650. 2.). Sane nemo dubitat, quominus fructus melioramentorum ad possessorem pertineant, licet malae fidei sit (5); quia etiam malae fidei possessori restituendum est pretium melioramentorum.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

(1) *L. Jubemus* 14. §. 1. *cod. de sacros. Eccles.* (1. 2.), *Novell.* 7. §. *ult.*

(2) *Thes. decis.* 29. *num.* 8., *et in addit. littera* C.

(3) *Dictis juribus.*

(4) *V.* §. 1607. *Tom. II.*

(5) *Argum. L. Si unus ex socii* 67. §. 1. *ff. pro socio* (17. 2.). *V.* §. 682. *Tom. II.*

§. 316.

Caeterum, sicuti minor rem suam cum fructibus repetens non tantum pretium, quod in rem ipsius versum esse constabit, restituere debet, sed et usuras (§. 651, et seqq. 2.), atque pretium melioramentorum cujuscumque generis (§. 658. 2.), data interim possessori retentione (d. §. 658., et seqq. 2.): ita et universitas eodem jure regitur; utpotequae his juribus gaudet, quia pupillis, et minoribus comparatur (1). Quin nec actionem denegabimus possessori, qua pretium, et melioramenta repetat, si imprudens praepropere rem restituerit (§. 660. 2.).

(1) *V.* §. 124., *L. Rempublicam* 3. *cod. de jure reipubl.* (11. 29.)

§. 317.

His consequenter si rescindatur alienatio rei Ecclesiae, quae transeat in permutationem, restituenda ex adverso est res Ecclesiae tradita; atque, ut evitetur inutilis, et difficilis fructuum aestimatio, compensationem utrinque fieri convenientius est (1).

(1) *Atque ita utriusque indemnitati prospicitur. V.* §. 650., *et* 1603. *Tom. II.*

§. 318.

Demum, quemadmodum pupilli, et minores actione tutelae, vel curae repetunt a tutoribus, vel curatoribus damnum, quod ex alienatione perperam facta sustinent; ita actione mandati, vel negotiorum gestorum universitas ab administratoribus, quibus dolus, vel culpa imputari possit, idem consequetur (1).

(1) *Argum. l. Magis puto* 5. §. *Manet actio* 15. *ff. de reb. eor. etc.* (27. 9.) *V.* §. 661. *Tom. II.*

§. 319.

Quod pertinet ad caussas, ex quibus fieri possit, ut valeat alienatio sine solemnibus, eaedem regulae servandae sunt quas tradidimus, cum de minoribus agebamus; quibus comparantur universitates (§. 124.). Quare proderit quidem remissio solemnitatum concessa a Principe, qui supra jus civile est (§. 622. 2.). non autem voluntas testatoris, vel alterius, qui rem immobilem universitati tradiderit (1), etiamsi jure Romano forte remissionem solemnitatum praestare potuisset (§. 672., et seqq. 2.). Minus ergo fieri potest remissio solemnitatum ex libera contrahentium voluntate (§. 680. 2.); libera dixi, ut excluderem pactum retrovenditionis in contractu adjectum (d. §. 680. 2.).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 11. §. 4., *atque hic jus nostrum canonico consentit; definitum quippe refert Pyrrhus Corradus in praxi dispensat. lib.* 9. *cap.* 7. *tit.* 15. *ab Urbano VIII., non licere, sine solemnitatibus, alienare bona Ecclesiae relicta, etiamsi a testatore, vel donatore expresse data haec facultas fuerit; ex quo enim bona Ecclesiae facta sunt, secundum Ecclesiae leges regi debent. Canonistae tamen vulgo excipiunt casum, quo testator expresserit effectum, seu usum, ob quem alienari debeant; quia tunc voluntas haec praecepti instar est.*

§. 320.

Potius ergo inter legitimas caussas, quibus alienationum solemnitas remittatur, enumeranda est necessitas, quae supra legem est, veluti ex peste, bello (§. 305.): vel

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 11. tit. 31.

quae moram non patistur, quam solemnitates necessario requirunt. Sed consultius forte erit, Principem adire, ut remissio solamnium obtineatur: si commode possit. Quinimo ex longa, et legitima consuetudine induci posse, ut venditiones, et locationes rerum universitatis fiant sine consuetis solemnitatibus, passim traditur, dummodo observentur, quae ex regionis consuetudine desiderantur (1): non tamen sine judicis decreto, quod ita necessarium videtur ad universitatis indemnitatem, ut contraria consuetudo nullius sit roboris (2).

(1) *Fab. cod. de legib., et constitutionib. Princip. lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 5. *num.* 2. *in allegat., Losaesus de jure universitat. part.* 3. *cap.* 5. *num.* 6.

(2) *Perez. in cod. lib.* 11. *tit.* 31. *num.* 5.

§. 321.

His addi debet alienationis utilitas (1); cum enim solemnitates eo consilio a legibus praestitutae sint, ut indemnitati, et utilitati universitatum consulatur, satis prospectum apparet, quando contractus universitati utilis demonstratur: nec aequitas patitur, ut, quod alicujus favore inductum est, in ejusdem odium detorqueatur (2).

(1) *Fab. cod. de reb. alien. non alien. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 7.

(2) *L. Quod favore* 6. *cod. de legib.* (1. 14.), *Nulla* 25. *ff. eod. tit.* (1. 3.)

§. 322.

Quemadmodum autem ex adjunctis fieri potest, ut alienatio rerum universitatis sine solemnibus valeat, ita quae ab initio irrita fuit, vim aliquando accipit: veluti ex ratihabitione, quae mandato aequiparatur (1): dummodo in ea praescriptae solemnitates adhibeantur (2), vitii scientia praecesserit (3), quod regulariter non praesumitur (§. 696. 2.), et dolus absit tum in ratihabitione, tum et abfuerit in priore contractu (§. 698. 2.), et laesio (4). His autem omnibus concurrentibus eum pariet ratihabitio effectum, ut contractus jam ab initio validus reputetur (§. 712. 2.): sicut autem minor non potest contractum pro parte confirmare, et pro alia reprobare (§. 716. 2.), ita nec universitas.

(1) *L. Semper, qui non prohibet* 60. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *V.* §. 706. *Tom. II.*

(3) *V.* §. 699. *Tom. II.*

(4) *Universitas enim aeque contra ratihabitionem restituitur, ac adversus contractum, vel alienationem, si laesa sit, pupillorum, et minorum exemplo. V* §. 706. *Tom. II. Ad laesionem vero probandam tempus contractus regulariter inspicimus, si modo pretium rerum sit solitum, et naturale, non accidentale, et calamitosum.* §. 1333. *Tom. II.*

§. 323.

Praeterea, cum non tantum verbis, sed factis quoque ratihabitionis voluntas possit demonstrari (§ 697. 2.), alienatio rerum universitatis ex ejusdem factis recte eruitur (§. 717. 2.). Demum ex longa observantia etiam praesumitur universitas ratum habuisse contractum (1); utpotequia patientia consensum supponat, et vix praesumi per longum tempus ignorantis possit.

(1) *L. Semper* 60. *ff. de reg. jur. V.* §. *sequ. all.* 1.

§. 324.

Quod pertinet ad probationem solemnitatum, asserenti eas adhibitas fuisse probatio incumbit, quia res facti sunt (§. 741: 2.), quae tamen indiciis, et conjecturis aliquando contenta erit (§. 743. 2.); praecipue vero ex diuturnitate temporis, quae adjunctam habeat contractus observantiam (1).

(1) *Fab. cod. de rebus alien. non alien. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 7. *num.* 3. *in corp., Thes. lib.* 4. *quaest.* 46. *num.* 16. *V.* §. 745. *Tom. II.*

§. 325.

Unum superest animadvertendum, vitium scilicet alienationis posse quidem allegari ab

universitate, quae ad contractus implementum urgeatur, si velit; quippe et ipsius favore Inst. l. 2.
claudicat contractus (1), quemadmodum de minore diximus (§. 663. 2.), non autem tit. 1.
ab alio contrahente (2), ne, quod favore universitatis inductum est, in ejus dispendium ff. l. 50. tit. 8.
retorqueatur: potiori ratione nec a tertio, nisi ex actu nullo tertius conveniatur; quo Cod. l. 11.
casu non est exceptio de jure tertii, sed de non jure agentis (d. §. 663. 2.). tit. 31.

(1) *Can. Si qua de rebus* 42. *caus.* 12. *quaest.* 2., *Thesaur. quaest. forens*, *lib.* 3. *quest.* 37. *num.* 2. ✠

(2) *Thesaur. d. num.* 2.

§. 326.

Ut exemplo res clarius elucescat, fingamus minorem, vel universitatem sine solemnibus censum sibi a Titio debitum dimisisse Sempronio; equidem Sempronius cessionarius a suscepta obligatione se defendere non poterit sub specie omissionis solemnitatum: sed, si ipse agat contra Titium census debitorem, poterit Titius vitium cessionis allegare, donec universitas legitime declaraverit, se velle eandem ratam habere; alioquin enim Titius bis solvere periclitaretur; videlicet tum minori, vel universitati, quae perperam cessit, tum Sempronio cessionario; quod aequitas non patitur (1).

(1) *L. ult. ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

SECTIO III.

De auctoritate administratorum in judiciis.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 3. tit. 4. *Quod cujusque universit. nom. etc.*
Cod. lib. 11. tit. 29. *De jure reipublicae.*

SUMMARIA.

Syndicus ille est, qui universitatis caussas in judicio agit. Si universitas syndicum non habeat, a quo defendatur, judex ex officio curatorem ad lites universitatis dare debet. §. 327.

Ad syndici constitutionem necessaria non est judicis auctoritas; sed sufficit electio legitime facta a decurionibus, seu consiliariis universitatis. §. 328.

Valet sententia lata, defendente universitatem procuratore ad lites, deputato a prioribus Ecclesiae sine ejusdem ordinamento: maxime si universitas rata habuerit gesta a procuratore. §. 329.

Syndici constitutio referri non potest inter negotia gravissimi momenti, quae sine judiciali decreto expediri nequeunt. §. 330.

Ut rata sit syndici electio, necesse non est, ut in istrumento syndicatus describantur, et exprimantur singillatim nomina omnium consiliariorum, qui electioni interfuerunt. §. 331.

Syndicus universitatis eam defendere potest, etiam in criminalibus: regulariter non cavet de rato, neque de judicatum solvendo. §. 332.

Syndicus constitutus ad certum tempus, eo finito, cogi potest ab adversario, ut litem contestatam prosequatur, nisi legitima caussa eum excuset: universitas regulariter eum cogere nequit. §. 333.

Citatio universitatis fieri potest, et debet in personam administratorum. §. 334.

Syndicus non potest respondere positionibus, quamvis scientiam rerum habeat, aut de credulitate tantum interrogetur: sed requiritur asseveratio majoris partis consilii. §. 335.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 11. tit. 29.

Cum syndicus universitatis nomine agit, jurare potest, se non calumniae caussa litem instituere. Quid si universitas conveniatur? §. 336.

Potest syndico deferri jusjurandum litis decisivum, dummodo habeat speciale mandatum. §. 337.

Syndicus respondendo in judicio non nocet universitati, nisi habeat mandatum speciale, vel saltem generale cum libera potestate administrandi. An procurator generalis ad lites possit nullam dicere locationem? §. 338.

Sententiae executio fieri nequit contra syndicum, qui nullius culpae reus sit, nisi temere litigaverit, atque universitas in expensas fuerit condemnata. Quid si universitas non solvat? §. 339.

Romano jure possunt creditores mitti in possessionem bonorum universitatis, quae contumax sit. Aliud servatur in foro· §. 340.

Transitio ad munera administratorum, quae depositum officium consequuntur, atque ad actiones iisdem competentes. §· 341.

§. 327.

Cum universitas, utpote personae vicem sustinens (§. 123.), non tantum agere, sed et conveniri possit (1); ipsa autem nniversitas in judicio stare nequeat, nec tota simul, quod impossibile est; neque per omnes administratores, quod incommodum, et confusionem pareret (2): idcirco constitutum fuit, nt syndicum, seu procuratorem eligat, qui universitatis nomine agat, et conveniatur (3). Si ergo universitas syndicum non habeat, a quo defendatur, qui contra eam agere vult, petere a judice debet, ut ei defensor constituatur, quemadmodum in simili specie de pupillo traditur (4), cui respublica comparatur (5). Atque a judice ex officio dari poterit (6): sicut invito minori curator ad lites datur (7); ne alioquin sententia contra universitatem indefensam lata viribus destituatur (8). Quamquam et interim ex necessitate ad defendendam universitatem quisque admittitur (§. 194.), non tamen ad agendum, nisi mandatum habeat: quod exhibere tenetur, cum designatione diei, et anni (9). Quod si administrator universitatum, Ecclesiae, et pupillorum secundo vocatus copiam sui non fecerit, Regiis Sanctionibus praescriptum est, ut ejus periculo constituatur curator ad lites (10).

(1) *L.* 1. §. 1., *l. Sicut municipum* 7., *l. Si tibi* 9. *ff. hoc tit.*

(2) *D. L.* 1. §. 1.

(3) *Ita tamen, ut hi, quibus restituetur haereditas, actorem eligant, et ad agendum, et excipiendas actiones. L. Ita tamen* 27. *ff. ad S. C. Trebell.* (36. 1.)

(4) *L. Si minores* 2. §. *Si quidem aliquis* 3 *ff. qui petant tutor.* (26. 6.)

(5) *L. Rempublicam* 3. *cod. hoc tit.*

(6) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 12.

(7) §. 1. *instit. de curatoribus* (1. 23.).

(8) *Si quid adversus rempublicam indefensam in ea specie, in qua neque defensores creati neque ut crearentur, placuit' statutum est: actionibus ejus nihil est praefuerint, judicatum. L.* 1. *cod. hoc tit.*

(9) *Osasc. dec.* 1. *num.* 35., *et seqq.*

(10) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 5. §. 4.

§. 328.

Non conveniunt interpretes, utrum ad constitutionem syndici requiratur judicis auctoritas, an vero sufficiat electio a decurionibus, seu consiliariis civitatis facta. Sufficere decurionum electionem censemus, nullo requisito judicis decreto: tum quia, ut jam abunde demonstravimus, consilium universitatis eandem repraesentat, eaque omnia agere potest, quae potest universitas (§. 205.); tum quia nullibi in legibus, ubi de syndici electione agitur mentio fit judicialis auctoritatis, aut decreti; sed imo expressim traditur,

hoc munere legitime defungi eum, qui a majore parte decurionum fuerit nominatus (1); tum quia, cum syndicus universitatis a privatorum procuratore non differat (§. 152.); quemadmodum procurator privata domini voluntate constituitur; ita perperam in syndici electione auctoritas judicis requiritur.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 11. tit. 29.

(1) *L. Nulli* 3., *l. Item eorum* 6. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

§. 329.

Hinc procurator ad lites deputatus a prioribus, ut ajunt, Ecclesiae, etiam sine ejusdem ordinamento, rite electus censetur, et valet sententia: maxime si communitas, et parochus rata habuerint gesta a procuratore; quamvis ratihabitio secuta sit, postquam adversus sententiam postulatum fuit (1); quia in hoc casu, quo utriusque litigatoris interest, rata fieri judicii acta, nihil impedire potest, quominus ratihabitio quovis tempore praestita retrotrahatur (2), secundum generales juris regulas, quae vulgo ab omnibus probantur (1).

(1) *Losaeus de jure universit. par.* 1. *cap.* 3. *num.* 52., *et seqq.*

(2) *Fab. cod. de exceptionibus lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 40.

(3) *L. ult. cod. ad S. C. Macedoniano* (4. 28.)

§. 330.

Neque aliud eruitur ex juribus, quae adversarii allegant, ubi libertas servis publicis data commemoratur ex consensu Magistratus (1): unde colligunt, in negotiis arduis, inter quae syndici constitutionem referunt, decuriones universitatis inconsulto judice nihil agere posse; praeterquamquod enim responderi posset, ibi factum, non jus contineri, manumissio species alienationis est, in qua et nos demonstravimus judicis decretum necessario desiderari (§. 303.); alienatio enim longe graviora momenti visa est legislatoribus, quam procuratoria ad lites nominatio: ut ex eo constat, quod minoribus concessa sit (§. 332. 2.); quibus tamen denegatur immobilium distractio, et mobilium pretiosiorum, inter quae servi, seu mancipia recensetur (2).

(1) *L.* 1., *et* 2., *cod. de serv. reipubl. manumitt.* (7. 9.)

(2) *L. Lex, quae tutores* 22. *cod. de administr. tut.* (5. 37.).

§. 331.

Idem ferendum est judicium de alia solemnitate, quam interpretes quidam comminiscuntur, contendentes, non aliter ratam esse syndici electionem, quam si in instrumento syndicatus describantur, et exprimantur singillatim nomina omnium consiliariorum, qui constitutioni, seu electioni interfuerunt; neque enim ulla lex est, quae hanc singularem solemnitatem praescribat (1). Sane apud nos eam non desiderari, satis ex eo eruitur, quod ne ordinamentum quidem requiratur (§. 329.).

(1). *Nituntur quidem l. ult. cod. de vendend. rebus civit.* (11. 31.)*; sed, praeterquamquod ibi agitur de alienatione immobilium, nulla ibi fit mentio molestae hujus enumerationis.*

§. 332.

Cum syndicus universitatum idem sit, ac procurator privatorum (§. 152.), facile dignosci potest ex hac comparatione, quae sit ejus auctoritas: quodque munus: quamquam et hoc in syndico praecipuum est, ut etiam in criminalibus, ita exigente necessitate, universitatem defendere possit (§. 192.). Jam diximus, eum regulariter non cavere de rato, nisi forte de mandato dubitetur (§. 193.): minus ergo cavebit se judicatum soluturum; neque enim actio contra eum, sicut nec ei datur; sed universitati, et contra universitatem, nisi in rem suam procurator datus fuerit: universitatis caussas agere, et defendere debere (d. §. 192.), quamdiu ejus officium durat (1).

(1) *V.* §. 206., *quo tradidimus, syndici ad omnes caussas constituti auctoritatem etiam futuras complecti.*

§. 333.

An autem syndicus constitutus ad certum tempus, eo finito, cogi possit ad litem

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3 tit. 4. Cod. l. 11. tit. 29.

prosequendam, distingui debet, utrum adversarius ita urgeat, an communitas. Si lis jam foerit contestata, jure desiderabit adversarius, ut syndicus eam perficiat, nec alius in ejus locom substituatur, nisi legitimae aliquae revocationis caussae supervenerint: quaemadmodum de privatorum procuratore traditum est (1) favore adversarii, cui grave esse videtur, si cum pluribus, et diversis personis agere cogatur (2). Universitas autem procuratorem compellere non potest ad prosequendum judicium; quia, expleto mandato, ob temporis praestituti lapsum, immunis est ab obligatione mandatarius: nisi forte syndicus adhuc rationes non reddiderit, nec instrumenta ad litem pertinentia, exemplo curatoris, qui in simili specie coeptam litem perficere tenetur (3). Procuratorem vero, seu syndicum a quacumque universitate semel legitime constitutum, immutatis etiam administratoribus, in officio perseverare, nemini dubium est (4); utpotequia universitas eadem semper esse censeatur, quamvis singula membra mutentur (§. 133.).

(1) *L. Ante litem* 16., *l.* 17. *princip., et* §. *seqq., l.* 18. *ad* 27. *ff. de procuratorib.* (3. 3.).

(2) *L. Ne in plures* 2. *ff. de exercit. act.* (14. 1.), *l. Jam tamen* 5. §. *Si tamen* 7. *ff. judicat. solvi* (46. 7.).

(3) *L. Ita autem* 5. §. *Post completum* 6. *ff. de administr. tut.* (26. 7.).

(4) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 20.

§. 334.

Sed specialius inquiramus, quae sit syndici auctoritas in judiciis universitatis, et primum de citatione, quae principium, et fundamentum est omnium judiciorum (1). Cum, jure communi inspecto, nulla specialis forma praestituta inveniatur, qua universitates vocari debeant in judicium, dissentiunt interpretes. Alii putant, universitatem ipsam, seu ejus consilium congregatum citandum esse, vel saltem januae loci, in quo congregari solet universitas, edictum affigendum esse, quo tamen casu ad notitiam universitatis pervenisse non censeatur, donec ea non fuerit congregata. Alii sufficere existimant, si ejus administratores vocentur; quia creditori nimis grave futurum sit, expectare, donec universitas congregetur. Posteriori huic sententiae inhaeserunt Regiae Sanctiones (2).

(1) §. *ult. instit. de poena temere litigant.* (4. 16.)

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 3. §. 19.: *quibus tamen sancitum, ut, cum vocandae sunt in judicium civitates, vel communitates locorum, bina publica denunciatio fiat, altera ante Ecclesiam parochialem, altera ante locum, ubi solet universitas congregari, atque citationis exemplar affigatur januae, vel parieti ejusdem loci, nisi nulla sit publica consilii domus: quo casu, unicam denunciationem sufficere, decretum est.*

§. 335.

Judicio autem coepto de quibusdam dubitari contingit, an syndicus ea expedire possit. 1. An respondere positionibus. 2. An jurare etiam de calumnia. 3. An jusjurandum deferre. Quoad primum, licet plures sentiant, syndicos universitatis posse respondere positionibus (1); dummodo ipsi scientiam habeant eorum, quae in positionibus continentur, aut de credelitate tantum interrogentur: utpotequia ipsi jurare possint de calumnia (2), sicut et de conditione adimplenda, quae legato adjecta sit, municipes per administratores jurare posse, tradit Paulus (3). Apud nos tamen ex sententia Senatus requiritur asseveratio totius consilii, vel collegii, vel saltem majoris partis ejusdem (4).

(1) *Cap. Praesentium* 2. *extra de testib. in* 6. *D.* (2. 10.)

(2) *L. penult.* §. *Hoc etiam* 5. *cod. de jurejur. propt. calum.* (2. 59.). *Ex Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 15. §. 1. *jusjurandum asseverationis non exigitur ab eo, qui positiones offert; quamvis adversa pars illud postulet.*

(3) *L. Municipibus* 97. *ff. de condit., et demonstr.* (35. 1.)

(4) *Ab-Eccl. observat. forens. part.* 1. *observ.* 61. *num.* 27. ✠

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod l. 11. tit. 29.

§. 336.

Hinc patet, quid de jurejurando calumniae dicendum sit: nempe, si syndicus universitatis nomine agat, jurare potest, se non calumniae caussa litem instituere (1): si autem universitas conveniatur, syndicus nonnisi scientia sua, vel credulitate ad jurandum admittetur: procuratorio autem nomine non aliter juraro posse censuit Senatus, quam si non tantum speciale, sed individuum mandatum habeat (2).

(1) *D. l. penult.* §. 5. *cod. de jurejur. propt. calum.* (2. 59.)

(2) *Ab-Eccl. d. observ.* 61. *num. ult.* ✠

§. 337.

De jurejurando litis decisivo agens Ulpianus, defensori, seu syndico, quod idem est, deferri posse tradit, modo habeat speciale mandatum (1): quod quidem justa ratione nititur; cum enim saepe magis intersit, hac via litibus finem imponere, concedendum fuit universitati, ut per eum, cui judicialia negotia sua credidit, publicae utilitati consulere possit: quia vero gravissima res est, siquidem alterius fidei mandatur controversiae definitio, speciale mandatum requirendum fuit.

(1) *L. Jusjurandum* 34. §. 1. *ff. de jurejuran.* (12. 2.)

§. 338.

Si quaeratur, utrum syndicus respondendo in judicio nocere universitati possit, distinguendum est. Nocebit, si habeat speciale mandatum, vel saltem generale cum libera potestate administrandi (1). Non dubium tamen, quin universitas, probato errore, confessionem a syndico emissam possit retractare (2). Si autem mandato speciali, vel generali cum libera destitutus sit, ex ejusdem confessione universitas damnum sentire non debet (3). Quemadmodum nec confessio tutoris, aut curatoris pupillo, vel minori nocet (§. 449., et seqq. 2.); quae enim gravioris momenti sunt, concessa syndico non existimantur, nisi specialiter de concessione appareat. Quo fundamento traditur, procuratorem generalem universitatis ad lites constitutum non posse nullam dicere. locationem, nisi constet de speciali mandato (4): et supra demonstravimus, mandatum speciale requiri, ut procurator universitatis contractum irritum allegare valeat (§. 207.).

(1) *Osasc. decis.* 39. *num.* 36., *et* 37. *Si communitas ipsa in judicio responderit, confessio haec habebit executionem paratam.*

(2) *L. Non fatetur* 2. *ff. de confessis* (42. 2.), *Osasc. d. decis.* 39. *num.* 38. 39., *et ult. Universitatum administratores possunt quidem recipere solutionem veram, et liberare debitorem, per fictam autem, qualis est confessio de recepto, liberare nequeunt: per confessionem tamen de recepto universitati eatenus nocent, quatenus hinc oritur praesumptio contra eam. L. Ne casu* 2. *cod. de discussoribus* (10. 30), *l. Omnes* 2. §. 1. *cod. de quadriennii praescrpt.* (7. 37.)

(3) *L. Certum* 6. §. 4. *ff. de confessis* (42. 2.).

(4) *Argum. l. De pupillo* 5. §. *Qui procuratorio* 18. *ff. de operis novi nunciat.* (39. 1.)

§. 339.

Quod pertinet ad sententiae executionem, jam demonstravimus, eam contra syndicum fieri non posse; nisi culpae alicujus reus sit, cur universitas judicatum non solvat (§. 232.): vel nisi ipse temere litigaverit universitatis nomine, eaque in expensas fuerit condemnata; quo casu universitas quidem eas solvet, sed a syndico repetet, cujus culpam universitati nocere in proprium exonus, aequum non est (1). Quod si universitas non solvat, exemplo caeterorum debitorum, a quibus in hac parte nullibi invenitur distincta, primum capientur ejus bona mobilia, tum in borum defectum immobilia: atque, his etiam deficientibus, jubendi erunt administratores, ut collectas imponant, quibus satisfieri creditoribus possit. Quod si negligenter se gerant in solvendis universitatis debitis, tunc eorum bona capi poterunt (§. 233.); culpa enim propria suique nocere debet, non alteri.

(1) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.*

§. 340.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 3. tit. 4. Cod. l. 11. tit. 29.

Si autem fingamus, universitatem contumaciae ream esse, nec in jus vocatam ab aliquo defendi, ex Romano jure mitti poterunt creditores in bonorum possessionem, tum et publice eadem vendi, si denuo monita copia sui non fecerit (1). Sed aliud jus in foro apud nos receptum est; non enim possunt adjudicari res universitatis, nisi haec ab administratoribus defendatur; vel in horum defectum a curatore ad lites a judice ex officio electo; futurum alioquin, ut nulla vires habeat sententia haec: non secus ac si contra pupillum indefensum lata esset (2).

(1) *L.* 1. §. 2. *ff. hoc tit.*, *l.* 8. *ff. eod.*

(2) *Ab-Eccles. observat*, 143. *num.* 12. *V.* §. 327.

§. 341.

Haec sunt, quae pertinent ad potestatem, et munus administratorum in contractibus, negotiis, et judiciis universitatum. Atque haec ad tempus pertinent, quo durat administratio. Inquirendum superest, quae sint eorum munera, postquam officium deposuerint, sive de obligatione reddendarum rationum, et damno, quod dolo, vel culpa dederint universitati, resarciendo: et vicissim de indemnitate administratoribus ab universitate praestanda; ne officium suum ipsis damnosum sit contra aequitatem (1).

(1) *L. Si servus* 61. §. *Quod vero.* 5. *ff. de furtis* (47. 2.).

CAPUT V.

De actionibus universitatum contra administratores, fidejussores, nominatores, et haeredes: atque administratorum contra universitates.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 50. tit. 8. *De administratione rerum ad civit. pertinent.*
Cod. lib. 10. tit. 31. *De decurionibus, etc.*

SUMMARIA.

Administratores universitatum rationes reddere debent. Quo tempore, patrio, et Romano jure inspecto, teneantur rationes reddere, et quomodo reddendae sint? §. 342.

Jurari potest in litem contra administratores, qui rationes non reddant: quod jusjurandum praestatur a consilio universitatis. Quid si aliquid probetur ad eos pervenisse ex bonis Principis? An absentes condemnari possint? §. 343.

Rationes subscriptae, et expunctae retractari possunt ex errore calculi intra vicennium, si res fit cum administratore; intra decennium autem contra haeredem. §. 344.

Jure Romano administratores dolosi in duplum condemnantur; jure Regio ad arbitrium praefecti provincialis tributorum puniuntur. §. 345.

Tenentur administratores, non tantum de culpa lata, sed etiam de levi. §. 346.

Quisque ex administratoribus periculum praestat ejus temporis, quo in administratione permansit. Si plures sint, prius conveniendus est, qui gessit; postea fidejussor, demum collega. §. 347.

Administratores rationes reddunt eorum, quae gesserunt, vel omiserunt: nec temeraria appellatio eos immunes facit ab indemnitate universitati praestanda. §. 348.

Si administrator post finitum officium dolo retinuerit pecunias universitatis, ejus usuras solvit, atque poena legis Juliae tenetur in quadrupulum. Si culpae tantum reus sit, immunis est ab usuris. §. 349.

Universitates ex jure Romano non habent tacitam hypothecam in bonis administratorum. §. 350., *et* 351.

Instit. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

Habent tamen tacitam hypothecam in civium bonis pro tributis: et privilegium, quo creditoribus chyrographariis praeferantur. Si expressam hypothecam sibi quaesierint, nullo privilegio fruuntur. §. 352.

Universitas statuto sibi asserere nequit jus tacitae hypothecae in bonis administratorum, vel debitorum: nisi superiorem non habeat, vel statutum hoc a superiore confirmetur. §. 353.

Cum apud Romanos decuriones possent successores, et officiales nominare, periculum suae nominationis sustinebant. An jurisprudentia haec adhuc in foro vigeat? §. 354.

Fidejussores administratorum tenentur in sortem, et in usuras, si modo in omnem caussam interesserint: non ad poenam. §. 355.

Pro fidejussoribus habentur, qui idoneos administratores asseruerunt. Quid de patre, cujus filius decurio creatus sit? §. 356.

Cum unus fuit administrator, ipse, et ejus haeres ante fidejussores, et nominatores tenetur §. 357.

Si duo sint administratores, sed cuique pars sit assignata, prius unusquisque conveniendus est pro parte sua, tum haeres, et fidejussor; post hunc nominator, tandem collega. §. 358.

Affertur ratio ordinis modo demonstrati. §. 359.

Quid si officium utrique pro indiviso creditum sit, et unus tantum gesserit? §. 360.

Administratores actionem habent mandati, vel negotiorum gestorum contra universitatem, ut repetant sumptus in ejus utilitatem factos. §. 361.

Transitio ad beneficium restitutionis in integrum. §. 362.

§. 342.

Cum ex ipsa officii natura administratores, cujuscumque generis, librum rationum conficere teneantur, in quo data, et accepta scribant, et finita administratione ejusdem rationem reddant, et reliqua restituant (1); huic quoque oneri subjici debent, qui res administrant, quae ad universitates pertinent (2). Quinimo apud nos constitutum est, ut praefectus provincialis tributorum possit cogere exactores, receptores, et administratores locorum ad reddendas rationes quovis tempore, et ad reliqua solvenda (3); quamvis regulariter ex jure Romano nonnisi finito officio, quod certo temporis spatio circumscribatur, reddendarum rationum onus incumbat (§. 1052, 2.). Ut autem rationes legitime reddantur, non sufficit, sicuti jam adnotavimus (§. 1067. 2.), si confuse, et in genere accepta, et data referantur; sed singillatim, et distincte omnia exprimenda sunt ut cognosci possit, an probe, an improbe omnia relata fuerint (4).

(1) *Sic tutoribus, et curatoribus tum minorum, tum et aliorum, et qui bonis unice dantur, hoc onus incumbere superius suo loco demonstravimus.* §. 1011., *et* 1012. *Tom. II.*

(2). *L. Non utique* 2. §. *Quod de frumentaria* 2. *ff. hoc tit.*

(3) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 1. *cap.* 4. §. 5.

(4) *L. Cum servus* 82. *fere in med. ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.), *l. Argentarius* 10. §. *Edi autem.* 2. *ff. de edendo* (2. 13.).

§. 343.

Quod si administrator rationes non reddiderit; aut, quod idem est, non rite reddiderit, doli reus praesumitur: adeoque, quemadmodum cum tutoribus, et curatoribus in simili specie agitur (§. 1081. 2.), ex communi sententia potest jurari contra ipsos in litem; quod jusjurandum ab iis praestabitur, qui ipsam regunt, eamque repraesentant. Quin, si administratores publici legitime rationes non reddant, et probetur, aliquid ad ipsos pervenisse ex bonis Principis, juxta regulas Camerae computorum damnari in quadruplum tradit Osascus (1). Redditis autem rationibus debitores pronunciari possunt,

Instit. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

si ita constet, quamvis absentes sint (2); quis non alia requiritur cognitio, quam computatio rationis, quae sine eorum interventu perfici potest.

(2) *Osasc. dec. 70. num. 9.*

(2) *L. Non utique 2. §. Quod de frumentaria 2. ff. hoc tit.*

§. 344.

Rationes subscriptae, et expunctae ex errore calculi adhuc possunt retractari, sed longius, vel brevius tempus praestitutum est, prout contra ipsum administratorem agitur, vel contra ejus haeredem. Si res sit cum ipso administratore, vicennium leges concedunt intra quod, errore demonstrato, retractationi locus fiat: contra haeredem autem nonnisi spatium decenii indulgetur (1). Jure quidem brevius tempus praestituitur, quo contra haeredem agi possit ad retractandas rationes, quippequi non aeque ac administrator comperta habet, quae ad administrationem pertinent.

(1) *Reipublicae rationes subscriptae, et expunctae adversus eum quidem, qui administravit, ultra viginti; adversus haeredem vero ultra decem annos retractari non possunt. L. In omnibus 13. §. 1. ff. de divers. temporalib. praescript.* (44. 3.), *l. Calculi 8. ff. hoc tit.*

§. 345.

Rationibus redditis, damnum ab administratore dolo, vel culpa illatum refici convenit. Si damnum dolo datum sit, nulla moveri potest difficultas. Imo jure Romano constitutum fuit, ut ob fraudem in distraendis bonis universitatis admissam in duplum condemnari debeant ipsi administratores; quae tamen poena haeredes insontes non afficiat (1). Regio jure dolosi administratores locorum, arbitrio provincialis praefecti tributorum, coercentûr (2).

(1) *Item rescripserunt, curatores, si negligenter in distrahendis bonis se gesserint, in simplum teneri: si per fraudem in duplum: nec ad haeredes eorum poenam descendere. L. ult. §. 4. ff. hoc tit.*

(2) *Reg. Const. lib. 6. tit. 1. cap. 4. §. 6.*

§. 346.

Sed si culpae, seu negligentiae tantum argui possint, quaeri potest, de qua teneantur. Hac autem in re tutorum, et curatorum exemplo (§. 1153. 2.), receptum favore universitatum fuit, ut non tantum latam culpam praestent administratores, quemadmodum ex natura officii, quod in alterius utilitatem unice vergit, dicendum videretur (1), sed et de levi (2).

(1) *Juxta regulam ab Ulpiano traditam in l. Si, ut certo loco 5. §. Nunc videndum 2. ff. commodati* (13. 6.).

(2) *L. Magistratus 6. ff. hoc tit.*

§. 347.

Si unicus sit administrator, ipse in solidum tenebitur: ita tamen ut quisque periculum tantum praestet ejus temporis, quo in administratione permansit, cum de negotio agitur, quod tractum temporis habet (1). Quod si plures fuerint administratores, in solidum quidem omnes tenentur, tutorum exemplo, quin eis prosit pactum divisionis: prior tamen conveniendus est, qui gessit (2): tum ejus fidejussor, itaut non aliter ad collegam deveniri possit, quam si nec administrator, nec fidejussor sint solvendo (3).

(1) *L. Curatores 3. §. 1. ff. hoc tit.*

(2) *D. L. 3. princip. ff. hoc. tit.*

(3) *L. Imperator 11. ff. ad municipalem* (50. 1.).

§. 348.

Caeterum administratores, non tantum eorum nomina, quae gesserunt, tenentur, sed et eorum, quae omiserunt; quia injunctum munus sine justa caussa refugere nequeunt (1): eo autem suscepto omnia perficere debent, quae ad illud pertinent: quemadmodum

et de tutoribus traditum est (2): nec ab indemnitate praestanda universitati immunes fiunt propter appellationem, nisi justas appellationis caussas probaverint (3).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

(1) *L. Lucius Titius* 21. *ff. ad municipalem* (50. 1.)

(2) *L.* 1. *ff. de tut., et rat. distr.* (27. 3.)

(3) *L.* 1. *ff. si tut., vel curat., vel Magistr. creat. appellav.* (49. 10.)

§. 349.

Si pecunias universitatis residuas apud se finito officio retinuerit administrator, siquidem dolo fecerit, non tantum ejus usuras solvit (1), sed et poena legis Juliae tenetur (2) in quadruplum (3). Quod si negligentiae tantum argui possit, cur residuam pecuniam publicam non restituerit, humanius visum est Imperatoribus, tum eum, tum illius fidejussores a praestandis usuris eximere (4).

(1) *L. ult. princ.*, et §. *ult. ff. hoc tit.*. *l. Cum quidam* 17. §. *Eos* 7. *ff. de usuris* (22. 1.)

(2) *L.* 1., *l.* 4. §. *Sed et qui* 4. *ff. ad l. Jul. pecul.* (48. 13.).

(3) *D. l.* 4. §. 5.

(4) *L. Constitutionibus* 24. *ff. ad municipal* (50. 1.), *d. l.* 17. §. 7. *ff. de usuris.*

§. 350.

An universitates in bonis administratorum jure tacitae hypothecae gaudeant, non consentiunt interpretes. Affirmant aliqui ea ratione, quod traditum sit, civitates uti jure minorum (1); quos nemo dubitat hypothecae jure gaudere in bonis curatorum (§. 1165. 2.). Addunt, ex verbis Constantini idem satis aperte erui, cum tradit, debitorum bona universitati obnoxia esse (2).

(1) *L. Respublica* 4. *cod. quib. ex caus. major.* (2. 54.), *l. Rempublicam* 3. *cod. de jur. reipubl.* (11. 29.)

(2) *Et, quia nefas est, obnoxiis corporibus alienatis, circumscribi civitates. L. ult. fere in princ. cod. de debitorib. civit.* (11. 32.)

§. 351.

Rectius negant alii (1), non tantum, quia ex generali regula, ab omnibus communiter approbata, tacita hypotheca nunquam competit, nisi in casibus a jure expressis: allata autem jura de restitutione in integrum universitatibus concedenda loquuntur, quod privilegium ab eo tacitae hypothecae longe diversum est: Constantinus vero de hypotheca, conventione quaesita, satis aperte intelligitur: sed etiam, quia contrarium in jure definitum apparet; cum apertissime respondeat Antoninus, reipublicae caussam a caeteris creditoribus non separari, qui habent personalem actionem, nisi jus pignoris speciali beneficio nacta sit, vel specialiter in obligatione ita sibi prospexerit (2). Eadem est Marciani sententia asserentis, privilegium fisci nulli civitati competere, nisi id nominatim a Principe constitutum sit (3); quemadmodum concessum fuerat civitati Antiochesium (4).

(1) *Loquimur hic attento jure Romano: nam ex usu fori quorumcumque administratorum bona, qui rationes reddere tenentur, hypothecae subjici superius animadvertimus* §. 1167. *Tom. II. Unde inferunt pragmatici, bona canonici, qui rem Ecclesiae perperam alienavit, tacite obligata esse exemplo tutoris, usufructuarii, et fideicommissarii.*

(2) *L. An respublica* 2. *cod. de jure reipubl.* (11. 29.)

(3) *L. Simile privilegium* 10. *ff. ad municipalem* (50. 1.): *fiscus habet tacitam hypothecam in bonis eorum, quibuscum contrahit, l.* 2. *ff in quib. caus.* (20. 2.)

(4) *L. Antiochesium* 37. *ff. de reb. auct. jud. possid.* (42. 5.)

§. 352.

Sed quamvis civitatibus tacita hypotheca regulariter non competat in bonis administratorum, eo tamen jure gaudent in bonis civium pro tributis ex communi sententia,

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

et omnium fere gentium legibus etiam cum praelatione (1): atque pariter privilegium, quo caeteris creditoribus chyrographariis praeferantur (2). Si autem civitas hypothecam expressam habeat, et concurrat cum alio idem jus habente, nullo fruetur privilegio; sed, prout in privatis observatur, potior jure erit, qui prior est tempore (3).

(1) *L.* 1. *cod. si propter publicas pensitationes* (4. 46.), *Osasc. decis.* 91. *num.* 4., *Voet in Pandect. lib.* 20. *tit.* 2. *num.* 8.

(2) *L. Bonis venditis* 38. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. possid.* (42. 5.)

(3) *L. Si fundum* 4. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

§. 355.

Quaerunt ulterius interpretes, an jus tacitae hypothecae statuto suo possit sibi universitas in bonis administratorum, et debitorum comparare. Negativam sententiam plerique amplectuntur; nisi agatur de universitate, quae superiorem non habeat: vel superiorem habens, statutum hujusmodi a Principe probatum, et firmatum fuerit; quamvis enim in iis, quae publicam, exigentiam et bonorum administrationem respiciunt, universitas de rebus suis statuere, et decernere possit (§. 268, et seqq. 1.); ad hanc tamen speciem jus hoc non est protrahendum, tum quia de gravissimo onere civibus imponendo agitur; tum quia perperam allegaretur publica indemnitas, cui per expressam conventionem prospici potest.

§. 354.

Cum universitatum administratores, idoneis datis fidejussoribus, cavere teneantur (1), inquirendum breviter superest, quae actio contra hos competat, tum et contra nominatores, et utrorumque haeredes. Cum apud Romanos mos invaluisset, ut a decurionibus liceret, designare successores, tum et officiales, aequum visum est, eos periculum suae nominationis sustinere, si minus idoneos publicis negotiis administrandis elegissent vel cautionem idoneam non exegissent, neque nominati tempore depositi officii solvendo fuissent (2): nisi tamen finito eorum officio negligenter se gessissent in exigendis rationibus, et reliquis (3); sicut enim fortuitos casus praestare non debent nominatores (4): ita nec eorum negligentia reipublicae nocere debet. An autem jurisprudentia haec adhuc in foro vigeat, dubitari potest. Sane si dolus nominatoribus imputari possit, quod minus idoneum elegerint, perinde teneri, ac Magistratus, qui non idoneum tutorem, aut curatorem dederit (§. 1301. 2.), aequitas ipsa demonstrat.

(1) *L. Quotiens filiusfamilias* 2. §. *Sed si filius* 5. *ff. ad municipalem* (50. 1.), *l. Fidejussores* 68. *ff. de fidejussor.* (46. 1.)

(2) *L.* 1. *cod. de peric. nominat.* (11. 33.)

(3) *D. L.* 1. *in fine.*

(4) *L.* 2., 3., 7. *ff. hoc tit.*, *l. Ordine decurionum* 15. §. 1. *ff. ad municipalem* (50. 1.).

§. 355.

Quod ad fidejussores pertinet, nemo dubitat, quin in defectum administratoris teneantur in id, quod alterius nomine spoponderunt. Quare non tantum in sortem, sed et in usuras tenebuntur; dummodo tamen in omnem caussam intercesserint: alioquin enim sortem quidem praestabunt, non autem usuras (1); cum enim aliud sit sors, aliud usurae, obligatio fidejussoria, quae stricti juris est, ad eas extendi non debet. Potiori ratione fidejussores non tenentur ad poenam, in quam ob delictum in administratione patratum administrator fuit condemnatus (2); sufficere enim debet, ut scite ratiocinatur Papinianus, si damnum resarciant, quod respublica patitur, quod unum promisisse videntur (3).

(1) *L. Fidejussores* 68. §. 1. *ff. de fidejussoribus* (46. 1.).

(2) *D. L.* 68. *in princ.*

(3) *L. Libertus* 17. §. *ult. ff. ad municipal.* (50. 1.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 50. tit. 8. Cod. l. 10. tit. 31.

§. 356.

Illud quoque favore universitatum recipi debere, communiter traditur, quod pupillorum, et minorum favor induxit, ut pro fidejussoribus habeantur, qui idoneos esse administratores affirmaverint (1). Pater sane, si electioni consenserit, cui consensisse intelligitur, si expresse non contradixerit, quasi fidejussor pro filio tenebitur, et quidem, singulari jure, non tantum ratione decurionatus, cui consensit, sed et pro caeteris officiis, quae consequenter filius geret in civitate (2): ita tamen, ut filius ante patrem conveniri debeat (3).

(1) *L. Cum ostendimus* 4. §. *ult. ff. de fidejussorib. tutor.* (27. 7.) *V.* §. 1288., *et seqq. Tom. II.*

(2) *L. Quotiens filiusfamilias* 2. *pricip. et* §§. *seqq. ff. ad municipalem* (50. 1.), *l. Si filius* 7. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Libertus* 17. §. *Filium pater* 2. *ff. ad municip.*

§. 357.

Hic autem ordo servari debet, cum de reficiendo damno reipublicae dato quaeritur. Si unus fuerit adminstrator, ante fidejussores, et nominatores conveniendus erit in primis ipse, et ejus haeres (§. 1310. 2.).

§. 358.

Si duobus administratoribus idem munus demandatum sit, distinguendum est, utrum pro diviso, ut loquuntur, an pro indiviso; seu utrum separatis portionibus, an communiter debeant administrare. Si cuique propria portio assignata sit, prius unusquisque conveniendus erit pro sua portione, tum haeres ejus, dein fidejussores: post hos nominatores tenebuntur: postremo loco periculum ad collegam perveniet (1).

(1) *L. Quotiens duobus* 2. *cod. quo quisque ordine conveniatur* (11. 35.).

§. 359.

Ratio autem, cur haeres ante fidejussorem, hic ante nominatorem; nominator vero ante collegam teneatur, apertissima est. Haeres, cum in defuncti jura succedat, etiam ejus onera primus ferre debet: post haeredem succedit fidejussor, qui in defectum principalia se soluturum spopondit: si nec fidejussor solvendo sit, nominatorem ante collegam teneri diximus; quia nominator etiam fidejussoris instar habetur, qui tamen non ita proxime accedit ad obligationem; sed propius quam collega, qui alterius obligationem non sponte, sed invitus favore universitatis suscepit (1).

(1) *L.* 1. *cod. eod. tit.* (11. 35.)

§. 360.

Sed cum pro indiviso uterque officium habuit, tunc si unus tantum gesserit, ipse quidem primo loco tenebitur; tum ejus haeres, deinde fidejussor: sed in hoc casu collega ante nominatorem obstrictus est (1); quia indiviso officio proprius accedit ad obligationem collega, cui et munus in solidum creditum est, quam nominator.

(1) *D. l.* 2. *cod. eod. tit.*

§. 361.

Caeterum, sicut universitates actionem habent mandati contra administratores, quibus indemnitatem ab iisdem consequantur, ita contraria compeiit, vel negotiorum gestorum administratoribus, ut repetant sumptus in utilitatem universitatis factos (1); quia officium in utilitatem universitatis susceptum non debet ipsis esse damnosum. Sumptus diximus in utilitatem universitatis factos; si enim fines mandati, seu concessae sibi potestatis egrediantur, nec commodum sentiat universitas, damnum, quod inde patiuntur, sibi imputare debent (2).

(1) *L. Sicut* 7. *ff. quod cujuscumque univ. nom.* (3. 4.)

(2) *L. Civitas* 27. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 362.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 11. tit. 29.

Postquam de actionibus universitatum contra administratores, haeredes, fidejussores, et nominatores eorum diximus, et contrario istorum judicio, breviter disserendum superest de beneficio restitutionis in integrum; quod postremum remedium est, quo indemnitatem consequi possint; atque ita plene adumbrata se prodet universitatum cum pupillis, et minoribus comparatio.

CAPUT VI.

De in integrum restitutione universitatum.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.*
Digest. lib. 4. tit. 6. *Ex quib. caus. majores (xxv. annis) in integ. restit.*
Cod. lib. 11. tit. 29. *De jure reipubl.*

SUMMARIA.

Proponuntur sex praecipuae quaestiones in hoc capite dirimendae. §. 363.

Universitates, si se laesas demonstreut, beneficio restitutionis gaudent, perinde ac pupilli, et minores. Demostratur, universitates civiles hoc privilegio gaudere. §. 364.

Demonstratur, idem jus competere universitatibus ecclesiasticis cujuscumque generis. §. 365.

Pauperes, si collegium, seu universitatem componant, restituuntur ex edicto de minoribus: secus ex clausula generali praetorii edicti. §. 366.

Probatur, universitates non restitui, nisi demonstrata laesione. §. 367.

Restituitur universitas etiam contra personas privilegiatas, si ipsa de damno vitando certet, alter de lucro quaerendo. §. 368.

Restituitur non tantum in damno, sed et in lucro, quod ex administratorum negligentia amisit. §. 369.

Competit restitutio universitati, si ipsa hoc jure uti velit, non tantum in contractibus, sed et in quasi contractibus. §. 370., *et* 371.

Restituitur etiam in judiciis: itaut ex novis instrumentis litem instaurare possit, quamvis non appellaverit. Si restituatur adversus contumaciam, ejus expensas repetit. §. 372.

Restituitur etiam in praescriptione longissimi temporis. An etiam contra centenariam, quemadmodum Ecclesia Romana? §. 373.

Peti debet restitutio ab universitate intra quadriennium computandum a die, quo scientia laesionis habita est. §. 374.

Peti potest restitutio non tantum a consilio ordinario universitatis, sed et a syndico, quin necessarium sit speciale mandatum. §. 375.

Restitutio peti debet per viam simplicis allegationis, non appellationis. §. 376.

Restituta universitas contra sententiam, redintegrata reputatur etiam contra pronunciationem jurisjurandi, et ad omne, quod abstulit laesio. §. 377.

Cessat in integrum restitutio, cum universitas contractum ratum habuit, vel praesto est aliud remedium juris ordinarium: aut laesio cuicumque diligenti patrifamilias contigisset. Quid de jurejurando, aut dolo administratorum? §. 378.

Cum universitas nunquam statum mutet; nullius roboris est ratihabitio, sive expressa sit, sive tacita, nisi consuetae solemnitates in ea serventur. §. 379.

Transitio. §. 380.

§. 363.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 4. tit. 6. Cod l. 11. tit. 29.

Breviter in hoc capite eodem ordine, quem de restitutione minorum agentes servavimus, expendemus. 1. Quibus detur, an scilicet omnibus universitatibus competat, et quae sint ejus requisita. 2. Contra quos detur. 3. Quibus in rebus concedatur, vel denegetur. 4. Quando, a quo, qua ratione peti possit, vel debeat restitutio, 5. Quis sit effectus restitutionis. 6. Tandem, quibus in rebus, vel casibus denegetur.

§. 364.

Jam pluries, oblata occasione, indicavimus, universitates restitutionis beneficio gaudere, si laesae demonstrentur, utpotequae pupillis, et minoribus aequiparantur. De republica res certa est, tum ex Imperatorum Diocletiani et Maximiani (1), tum et ex Alexandri rescripto (2). Sed, quia reipublicae nomine proprie tantum venit respublica, seu civitas Romana (3), quidam putarunt, caetera universitatum genera hujusmodi beneficio carere. Verum, quamvis concedatur, quod ipsi docent; de propria verbi reipublicae significatione, quod negari posset; cum et republicae nomen aliquando aliis civitatibus accomodetur (4); quia tamen ex identitate rationis legum sanctionem extendendam leges ipsae praescribunt (5), invaluit communis opinio, universitates, cujuscumque generis sint, beneficio restitutionis gaudere; quippequae non ipsae res suas administrant, sed a rectoribus, et administratoribus geruntur (6).

(1) *Respublica minorum jure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest. L. Respublica* 4. *cod. quib. ex caus. maj.* (2. 54.)

(2) *Rempublicam, ut pupillam, extra ordinem juvari, moris est. L. Rempublicam* 3 *cod. hoc tit.*

(3) *L. Sed et hi* 13. §. 1. *ff. de publicanis* (39. 4.).

(4) *L. Cum rempublicam* 3. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

(5) *L. Illud quaesitum* 32. *ff. ad. l. Aquiliam* (9. 2.). *V.* §. 20. *D.*

(6) *Losaeus de jure universit. part.* 3. *cap.* 18. *num.* 2., *et seqq.*

§. 365.

Neque speciales desunt textus, quibus generalis haec conclusio firmetur. Ecclesiae per restitutionem in integrum succurrendum esse, tradunt Alexander III. (1). Gregorius IX. (2). Bonifacius VIII. (3), et Clemens V. (4): privilegia autem, quibus Ecclesia utitur, omnibus locis piis, quocumque nomine donentur, competere apertissime, et firmissime constituerunt Imperatores Leo, et Anthemius (5): praeterquamquod iidem Imperatores praescripserunt, ut orphanotrophi, seu orphanorum rectores omnibus juribus, et privilegiis gaudeant, quibus fruuntur tutores et curatores (6): atque hinc sequitur, caeteris piis caussis, confraternitatibus, sive laicales sint, sive ecclesiasticae, idem jus asserendum; quia et ab administratoribus reguntur, et Ecclesiis quodammodo, quatenus ad pietatis opera exercenda pertinent, non immerito aequiparantur (7).

(1) *Cap.* 1. *extra D. G. de restit. in integr.* (1. 41.)

(2) *Cap.* 1. *extra eod. tit. in* 6. *D.* (1. 22.)

(3) *Cap.* 2. *eod tit. in* 6.

(4) *Clement. unic. eod. tit.* (1. 11.)

(5) *L. Omnia privilegia* 35. *cod. de Episc., et Cleric.* 1. 3.

(6) *L. Orphanotrophos* 32. *cod. eod. tit.*

(7) *D. L.* 35. *cod. de Episcop., et Cleric.*

§. 366.

De pauperibus dubitari potest, an generaliter iis sit indulgenda restitutio. Probabilior videtur affirmantium sententia: itaut ex edicto minorum restitui debeant, si collegium, seu universitatem quandam componant; quia et haec universitas inter pia loca connumeranda est. Si autem nullo vinculo inter se colligentur, ipsis quidem succurendum erit

Inst. l. 2 tit. 1. ff. l. 4. tit. 6. Cod l. 11 tit. 29. non tamen ex edicto minorum; sed ex clausula generali, qua praetor laesis se subventurum spopondit, si qua justa adsit caussa (1).

(1) *Item, si qua alia mihi justa caussa esse videbitur, in integrum restituam. L.* 1. §. 1. *in fine ff. hoc tit. Hinc traditur, alienationem rei, quae ad pauperes perventura est, rescindi ex oblationis augmento in sexta parte pretii.*

§. 367.

Vix monendum, laesionem omnino necessariam esse; ut restitui in integrum universitates possint (§. 1329. 2.); tum quia favorabiliores minoribus universitates non reputantur sed eodem jure gaudere traditur (1): tum quia nec ipsarum interest, ut etiam praecisa laesione restituantur; alioquin enim nemo amplius cum iis contrahere vellet: quo fieret ut propriis necessitatibus subvenire non possent.

(1) *D. L Rempublicam* 3. *cod. hoc tit.*

§. 368.

Restituitur autem universitas contra quamcumque personam, quae simili privilegio minorum non utatur; quemadmodum et de minoribus diximus (§. 1362. 2.). Imo et restitui poterit contra privilegiatum, aliamque universitatem, si modo illa de damno vitando agat, altera de lucro captando (§. 1371. 2.); favorabilior enim est caussa illius, qui damnum tantum avertere studet, quam alterius, qui lucrum quaerit. Quare in simili specie absentem reipublicae caussa contra alium, qui ex eadem caussa abfuerit, restituendum scripsit Marcianus (1); privilegium enim contra privilegiatum vim quidem suam amittit sed si eadem sit utriusque privilegiati conditio, et caussa (§. 1573. 2.).

(1) *L. ult. ff. hoc tit.*

§. 369.

Quod pertinet ad caussas, seu res, in quibus universitas restituitur, quia minoribus aequiparatur (§. 124.), certissimum est, eam non tantum restitui in damno, quod ex facto administratorum passa sit, sed et in lucro, quod ex eorum negligentia amiserit: quippe damnum sentire videtur, qui lucrum oblatum non percipit (§. 1576. 2.).

§. 370.

Sed et restituuntur universitates exemplo minorum in contractibus, veluti in locatione (1), ob augmentum duodecimae partis pretii (§. 1463. 2.): et praecipue in alienatione quae saepe potius noxia, quam utilis esse solet; in eo videlicet casu, quo adhibitae fuerint praescriptae omnes solemnitates, sed universitas sive in pretio, sive in alia conventionis parte laesa fuerit (2). Quod tamen ita servabitur, si universitas velit; nam, cum universitas utatur jure minorum, favore ipsius etiam claudicat contractus; itaut vindicare possit rem perperam alienatam, vel cogere emptorem, ut stet contractui (§. 663. 2.)

(1) *Quin et ob augmentum sextae restitui posse universitatem in locatione etiam post lapsum viginti dierum plures sentiunt.*

(2) *Cap.* 1. *extra D. G. de in integr. restit.* (1. 41.). *Fab. cod. de reb. alien. non alien. lib.* 4. *tit.* 38. *def.* 6. *num.* 7. *in corp., ubi de Ecclesia agitur.*

§. 371.

Praeterea restituitur etiam universitas in quasi contractibus, puta in haereditatis aditione, quae damnosa sit: quod et beneficium hospitali competere censet Faber, quasi illud Ecclesiae pars sit, cui restitutio, exemplo minoris, conceditur (1).

(1) *Fab. cod. de sacr. Ecclesiis lib.* 1. *tit.* 2. *def.* 41.

§. 372.

Restituitur tertio universitas etiam in judiciis, et praecipue in sententia, qua se laesam demonstret: adeout ex novis repertis instrumentis litem instaurare possit, quamvis a sententia congruo tempore non appellaverit: quod regulariter denegatur (1). Atque hinc sequitur, universitatem restitutam contra contumaciam, postquam expensas solverit, eodem beneficio restitutionis impensas repetere (2). Quemadmodum et minor eas repetit (3).

(1) *L. Imperatores* 35. *ff. de re judicata* (42. 1.)
(2) *Ab-Eccles. observat. forens. par.* 2. *obs.* 39. *num.* 13.
(3) *Thes. dec.* 9. *num.* 9., *Ab-Eccles. d. part.* 2. *obs.* 12. *num.* 2.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 11. tit. 29.

§. 373.

Tandem et adversus praescriptionem restitutionis beneficium universitatibus competit (1): praescriptionem inquam quadraginta annorum, qua jura omnia publica, et privata perimi Anastasius constituit (2): prout omnea fatentur. An vero restitutio haec concedatur adversus praescriptionem centenariam controvertitur. Ecclesiae Romanae solam objici posse centenariam praescriptionem passim traditur, utpotequae propter singularem dignitatem singulari jure, et privilegio digna sit (3). Quod quidem privilegium, quamvis Justinianus abrogare visus fuerit, cum indistincte constitnit, ut in Ecclesiis, et piis locis servetur praescriptio 40. annorum (4); quia tamen speciatim Romanae Ecclesiae non meminit, jure canonico passim in foro recepto adhuc vires suas exerit (5).

(1) *Videlicet exemplo minorum, quibus universitates comparantur, ut toties diximus*.
(2) *L. Omnes nocendi* 4. *cod. de praescr. xxx., vel xl. ann.* (7. 39.)
(3) *Auth. Quas actiones, post l.* 23. *cod. de sacr. Eccl.* (1. 2.)
(4) *Novell.* 111. *cap. unic.*, *et Novell.* 131. *cap. Pro temporalibus* 6.
(5) *Fab. cod. ne rei domin. vel templ. lib.* 7. *tit.* 12. *def.* 1.

§. 374.

Quod pertinet ad tempus petendae restitutionis, nihil singulare constitutum est: adeoque consuetum quadriennii tempus servandum erit (1): quemadmodnm de Eccelesia constituit Gregorius IX., nisi fraus probetur intervenisse, vel alia rationabilis caussa subsit, quae aliud suadeat (2). Quadriennium autem non a die contractus, vel laesionis computabitur, sed ab eo tempore, quo laesionis scientia habita est (3).

(1) *Prout servatur in restitutione minorum. V.* §. 1562., *et seqq. Tom. II.*
(2) *Cap.* 1. *extra de restit. in integr. in* 6. *D.* (1. 22.)
(3) *V. Losaeum de jure universit. d. par.* 3. *cap.* 18. *num.* 20.

§. 375.

Peti autem potest in integrum restitutio non tantum ab ipsa universitate, seu ab ejus ordinario consilio, sed et a syndico, quin necessarium videatur speciale mandatum; cum enim administratores tutoribus, et curatoribus aequiparentur (§. 201.); quemadmodum universitates pupillis, et minoribus (§. 124.), eadem videtur administratoribus asserenda potestas pro utilitate universitatum, quae tutoribus, et curatoribus competit favore pupillorum, et minorum: quos extra dubium est, ex vi officii sui hoc jure gaudere (1).

(1) *L. Quamquam curatores* 2. *cod. si saep. in integ. restit. postul.* (2. 44.)

§. 376.

Non immoramur in investiganda ratione, qua implorari debeat in integrum restitutio; quippequae, ab universitatibus, sicut a minoribus, per viam simplicis allegationis, non autem appellationis, postulari possit (§. 1543. 2.).

§. 377.

Quod pertinet ad vim, seu effectus restitutionis, supra tradidimus, restitutione implorata quidem, nondum tamen impetrata, omnia in eodem statu interim relinquenda esse (§. 1596. 2.); ita tamen ut executio contractus permitti soleat, praestita cautione de restituendo, quidquid judicari contigerit (§. 1597. 2.). Si autem jam fuerit impetratum hujusmodi beneficium, omnia in pristinum reducenda erunt (§. 1603. 2.). Hinc civitas restituta a Principe contra sententiam, consequenter etiam restituta censetur adversus pronunciationem jurisjurandi ejus odio secutam, atque ad id omne, quod abstulit laesio (1).

(1) *Argum l. Quod si minor* 24. §. *ult. ff. de minorib.* (4. 4.), *l. un. cod. de reputat.*, *quae fiunt. in jud. in integr. restit. tut.* (2. 48.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 11. tit. 29.

§. 378.

Tandem eadem fere regulae servandae sunt, cum de casibus quaeritur, in quibus eesset in integrum restitutio favore universitatum; quas de minoribus agentes exposuimus. Hinc ex contractus ratihabitione restitutio excluditur, nisi et in ipso ratihabitionis actu universitas se laesam demonstret (§. 1649. et seqq. 2): denegabitur quoque, si praesto sit aliud remedium juris ordinarium (§. 1660. 2); vel cum laesio talis est, quae cuicumque majori, qui per se res suas gerat, contingere potuisset (§. 1661. 2.). Quod pertinet ad jusjurandum, cum vix fieri possit, ut universitas illud praestet, nisi per administratores, frustra quaeritur, an hinc impediatur restitutio. Quod si dolum in contrahendo admiserint universitatis administratores, dolus quidem ipsis nocebit, non universitati (§. 439. et seqq. 2.).

§. 379.

Quod vero pertinet ad casus, in quibus denegetur, jam unum commemoravimus, quo scilicet quadriennium a die cognitae laesionis fuerit praeterlapsum (§. 574.): ratihabitione a lege praesumpta, in qua eadem est caussa universitatis, quae minorum. In ratihabitione vero expressa, vel tacita, quae ex factis eruitur; cum universitas nunqnam major fiat, sed eadem semper permaneat, non aliter ratihabitio vim habebit, quam si in ea adhibitae fuerint omnes solemnitates, quae in ipso negotii initio servandae fuissent: quemadmodum diximus de ratihabitione ejus, qui in minori adhuc aetate constitutus est (§. 1651: 2.).

§. 380.

Haec sunt, quae de universitatibus tradere opportunum visum fuit: superest, ut de rebus privati juris breviter agamus, antequam progrediamur ad modos, quibus rerum dominia acquiruntur.

ARTICULUS I.

De rebus privati juris.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis. et adquir. ipsarum dominio.*
Digest. lib. 1. tit. 8. *De divis. rer., et qualitat.*

SUMMARIA

Privatae res dicuntur, quarum proprietas, et usus apud privatos est. §. 381.

Res divini juris, publicae, communes, vel universitatis sunt extra patrimonium singulorum. §. 382.

An res incorporales sint in bonis, an extra bona? An rebus mobilibus, an immobilibus connumerari debeant? §. 383.

Rerum incorporalium duplex est species: quaedam per se subsistunt extra personas, et res, veluti haereditas §. 384.

Aliae corporibus inhaerent, nec sine his subsistere possunt: atque ex his quaedam sunt in personis, aliae in rebus, quaedam partim in personis, partim in rebus. §. 385., *et* 386.

Res incorporales non sunt in bonis nostris eodem sensu, quo res corporales: sed aeque ac corporales augent patrimonium, et utilitatem domino praestant. §. 387.

Res corporales aliae sunt mobiles, aliae semoventes, aliae immobiles. §. 388.

Inter res mobiles recensentur non tantum illae, quae facile de loco in locum transferuntur; sed etiam, quae, nonnisi maxima vi adhibita, moveri possunt. §. 389.

Semoventia inter res mobiles comprehenduntur, quoties illorum expressa mentio facta non est. §. 390.

Res natura sua mobiles fictione juris immobilibus recensentur, cum considerantur tamquam pars, et accessio rei immobilis: veluti fructus pendentes, arbores, quae fundo inhaerent. §. 391., *et* 392.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

Ex domini destinatione res mobiles immobilibus etiam connumerari possunt: veluti columnae, marmora, et tigna, quae aedibus juncta sunt, vel proxime jungenda §. 393.

Pecunia in praediorum comparationem destinata res immobilis non habetur. Nec quae ex immobilium venditione redacta est. §. 394., *et* 395.

Utrum res incorporales mobilibus, an immobilibus rebus connumerari debeant, remissive. §. 396.

§. 381.

Ex hactenus traditis satis elucet, quae sint res privati juris: videlicet illae sunt, quarum proprietas, et usus ad privatos pertinet, seu quae sunt in dominio singulorum, et proprium cujusque patrimonium constituunt (1); quaeque variis modis acquiruntur (2), prout infra suo loco demonstrabimus.

(1) *Princip. instit. hoc tit., l. 1. in fin. princ. ff. hoc tit.*

(1) *L. Quaedam 2. ff. hoc tit.*

§. 382.

Quae autem res sint in patrimonio nostro, quaeve extra patrimonium, non una est' omnium sententia. Certa ab incertis distinguamus. Consentiunt omnes, non tantum res divini juris, sed etiam illas, quae humani quidem juris sunt, publicae tamen in genere, et in specie communes, vel universitatis nominantur, extra singulorum patrimonium esse, quatenus aliquarum proprietas nullius esse videtur, licet usus earundem omnibus pateat: aliarum vero proprietas ad ampliorem, vel specialiorem universitatem pertinet, usus omnibus, vel iis tantum, ex quibus societas constat.

§. 383.

Neque disputatur, utrum res corporales, sive mobiles sint, sive immobiles, proprium cujusque patrimonium constituant; his enim, quae sub sensus cadunt, patrimonium augeri, omnes fatentur. Sed acriter controvertitur de rebus, quas incorporales non inepte Justinianus vocat, quatenus sensuum vim corpore destitutae effugiunt (1): atque duo sunt quaestionum capita. Primum, an res incorporales sint in bonis nostris, necne, videlicet extra bona: vel nec in bonis, nec extra bona dici debeant, sed tertiam quamdam speciem constituant. Secundum est, an in eorum sententia, qui putant, res incorporales in bonis cujusque reputari, ad mobiles, vel immobiles res referri debeant.

(1) *Lib. 2. tit. 2. instit.*

§. 384.

Antequam ad definiendas hasce quaestiones progrediamur, non inopportunum est, varias rerum incorporalium species perscrutari: aliae nimirum per se subsistunt extra personas, et alias res: veluti haereditas, quae, si nondum adita sit, in nullius bonis esse reputatur (1); sed potius ipsa, quatenus in jure consistit, habere fingitur dominium rerum, quae antea defuncti fuerant (2).

(1) *Res haereditariae, antequam aliquis haeres existat, nullius in bonis sunt. L. 1. princ. ff. hoc tit.*

(2) *Haereditarium servum ante aditam haereditatem, ideo placuit, haeredem instituі posse; quia creditum est, haereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere. L. Non minus* 31. §. 1. *ff. de haeredib. instit.* (28. 5.)

§. 385.

Aliae res incorporales sunt, quae corporibus adhaerent, nec sine his subsistere possunt: atque harum triplex adhuc est species: quaedam enim sunt in personis, ad quas pertinent, aliae in rebus; quaedam partim in rebus, partim in personis.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

§. 386.

In persona consistunt jura rerum, quarum dominium habemus, vel quasi dominium; vel quae saltem nobis debitae sunt. In rebus sunt jura praediorum, videlicet servitutes, quae et dicuntur rerum servitutes, (1) quatenus rebus inhaerere videntur. Mixtae demum, partim in re, partim in persona consistentes, sunt servitutes personales, ususfructus, usus, habitatio; ususfructus enim, quatenus fundus alterius utilitati servit, est in corpore, quod hanc servitutem debet (2): sed, si spectetur prout jus utendi, fruendi, consistit in persona, quae hoc jure praedita est: atque ideo ususfructus personae servitus dicitur (3).

(1) *L.* 1. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

(2) *Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est. L.* 2. *ff. de usufruct.* (7. 1.)

(3) *D. l.* 1. *ff. de servitutib.*

§. 387.

Hisce breviter expositis, quod ad priorem quaestionem pertinet (§. 383.), alibi jam demonstravimus (§. 503. 2.); res incorporales proprie quidem in bonis nostris non esse, si ea tantum admittantur in bonis, quae extrinsecus augent patrimonium: vere tamen in bonis diei posse, quatenus iisdem utimur (1), et libere disponimus, quemadmodum de corporalibus. Adeoque tertia rerum species addenda non est, ut leviter quidam putant, Justiniani divisioni, qua generatim res omnes ita tribuit, ut aliae sint in patrimonio nostro, aliae extra patrimonium (2). Sane constat, res incorporales etiam pignori subjici posse (3), atque easdem praesto esse actiones, eademque remedia ad servandas, vel recuperandas res incorporales, quae pro corporalibus competunt (4).

(1) *L. De pupillo* 5. §. *Et belle* 9. *in fine ff. de oper. nov. nunciat.* (39. 1.)

(2) *Princ. instit. hoc tit.*

(3) *L. Sed an viae* 12. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(4) *L. Bonorum* 49. *ff. de verb. signific.* (50. 16), *juncta l. Rem. in bonis* 52. *ff. de acquir. rerum dominio* (41. 1.).

§. 388.

Sequitur altera quaestio, utrum res incorporales mobilibus, an immobilibus rebus debeant accenseri. Sed prius expendenda sunt rerum corporalium genera. Vix monendum est, res corporales appellari, quae sensibus subjiciuntur: veluti domus, arbores, praedia, animalia. Triplex autem, vel, si mavis, duplex est harum genus: videlicet aliae dicuntur mobiles, aliae immobiles, quaedam semoventes, quae tamen inter mobiles apte referuntur. Mobiles proprie sunt, quae de loco ad locum transferri alterius virtute possunt: immobiles, quae semper in eodem loco permanent: semoventes, quae propria virtute mutant locum, veluti sunt omnia animalia.

§. 389.

Mobiles diximus res esse, quae de loco ad locum transferri possunt: atque harum numero non tantum continentur, quarum facilis est translatio, sed et illae, quarum tanta est moles, ut nonnisi summa vi moveantur: veluti naves (1), horrea mobilia ex tabulis ligneis facta, quae etiam apud Romanos in usu erant (2), et his similia. Quamquam, si in singulari facti specie de his disputetur, non tam propria, et stricta verborum significatio, quam mens legislatoris inspici debet (§. 517., et 521. 2.): quo fundamento tradidimus, molendinum natatile inter res immobiles reputari, cum de alienatione rerum pupillarium quaestio est (§. 557. 2.).

(1) *L.* 1. §. *Illud utique* 6., *et seq. ff. de vi, et vi armata* (43. 16.).

(2) *L. Titius horreum* 60. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)

§. 390.

Consentiunt omnes, semoventia inter res mobiles comprehendi, quoties expressa

eorum mentio non fit, nec apparet, aliud voluisse testatorem, contrahentes, vel legislatorem: haec enim propria quidem virtute locum mutant, cum mobilia extrinseca vi moveantur, sed mobilium propriam indolem habent in eo positam, quod certo loco non adhaereant. Quare a Justiniano (1), et jureconsultis duplex tantum distinguitur rerum genus, mobilium, et immobilium (2).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 1. tit. 8.

(1) *Tit. 2. lib. 2. instit. de reb. corporalib., et incorporalib., princ. instit. de usucapionib.* (2. 6.)

(2) *L. 1. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 391.

Neque etiam in controversiam adducitur; quin aliaquae res ex se mobiles, fictione tamen juris civilis inter immobiles reputentur; quia considerantur tamquam pars, seu accessio rei immobilis. Fructus sine dubio res de se mobiles sunt: et mobiles in jure reputantur cum a solo separati sunt (1). Si autem adhuc pendentes sint, immobilibus rebus accensentur (2), quatenus earum pars sunt (§. 524. 2.).

(1) *L. Fundi* 17. §. 1. *ff. de act. empti* (19. 1.).

(2) *L. Fructus* 44. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

§. 392.

Eadem quoque ratione arbores, quamdiu solo haerent, res immobiles habentur (1), tamquam ipsius praedii partes (d. §. 524. 2.). Si vero dejectae fuerint, quia non amplius considerari possunt velut fundi pars, inter res mobiles aestimantur. Quare in priore specie ad fundi emptorem pertinent, non in altera: nisi de iis expressa in contractu mentio facta fuerit (2).

(1) *L. Quintus Mucius* 40. *ff. de action. empti* (19. 1.)

(2) *D. L.* 40., *juncta d. l. Fundi* 17. §. *Si rata* 6. *ff. de actionib. empti.*

§. 393.

Fructus, et arbores aliquando immobiles fictione juris reputari diximus, quatenus fundi partes videntur: quaedam res sunt, quae eandem naturam induunt, quia accessiones sunt rei immobilis: veluti columnae, marmora, tigna aedibus juncta eo consilio, ut ita perpetuo maneant (1): vel quamvis ab aedificio separata fuerint, si denuo aedibus jungi debeant (2). Ex quo patet, non omnino requiri, ut haec praediis inhaereant; sed sufficere, praediorum caussa in iis esse (3).

(1) *D. L.* 17. §. *Labeo* 7. *ff. de action. empti.*

(2) *D. l.* 17. §. *ult.*

(3) *Castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata, aut quae terra continentur, quamvis non sint adfixa, aedium esse constat. D. L.* 17. §. 8.

§. 394.

Non tamen res immobilis aestimatur pecunia in praediorum comparationem destinata; juris enim fictio locum tantum obtinet in iis rebus, quae videntur pars, vel accessio rei immobilis: quod pecuniae nullatenus convenit. Neque solum domini consilium sufficit ad hoc, ut res natura sua mobilis inter immobiles recenseatur (1).

(1) *D. l.* 17. §. *Fundo* 2., *et* §. *penult. ff. de actionib. empti.*

§. 395.

Quod diximus de pecunia, quae ad praedia comparanda destinata sit, etiam convenit pecuniae ex praediorum venditione redactae; licet enim in quibusdam casibus leges singulari ratione constituerint, ut pecunia in locum rei venditae succedat, ejusque naturam induat (1): et vicissim res in locum pretii; veluti contingit in rebus pupilli pecunia emptis (2); generalis tamen regula est, nec pretium loco rei, nec rem pretii loco succedere (3): nisi aliud constitutum sit, vel receptum, prout in pecunia pupillari penes campsorem deposita (§. 534. 2.).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *L. Si et rem* 22. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.)
(2) *L. Si tutor.* 2. *ff. quando ex facto tutoris* (26. 9.).
(3) *L. Qui vas* 48. §. *ult. ff. de furtis* (47. 2.).

§. 396.

De his satis consentiunt juris interpretes. Cum autem ex communi usu fieri non soleat distinctio inter res corporales, et incorporales, sed tantumodo inter res mobiles, et immobiles, idcirco disputatur; cujus generis aestimari debeant res incorporales, cum de illis specialis mentio facta non est, puta in lege, vel testamento. Sed de his jam fusius egimus (§. 305; et seqq. 2.). Quare progredimur ad modos, quibus rerum dominia acquiruntur.

CAPUT VII.

De acquirendo rerum dominio.

Instit. lib. 2. tit. 1. *De rerum divisione, et acquirendo ipsarum dominio.*
Digest. lib. 41. tit. 1. *De acquirendo rerum dominio.*

SUMMARIA.

Dominium duplici sensu accipi potest: vel stricte, et proprie, vel improprie. §. 397., *et* 398.

Dominium proprie sumptum est jus pro arbitrio de re sua disponendi, nisi lege, vel conventione prohibeatur. Exponuntur singulae hujus definitionis partes. §. 399., *et* 400.

Non tantum rerum corporalium, sed et incorporalium dominium habere dicimur, quatenus et de his libere disponimus. §. 401.

Quo sensu intelligi debeat, quod dici solet, unumquemque de re sua libere disponere? §. 402.

Patresfamilias, qui bona dilapidant, non tantum sceleris rei sunt coram Deo, sed et iniqui erga liberos. §. 403.

Dominium Romani tribuebant in bonitarium, seu naturale, et quiritarium, seu civile. Justinianus discrimen sustulit inter dominium bonitarium, et quiritarium. §. 404., *et* 405.

Dominium vulgo dividi solet in altum, seu eminens, quod alii jurisdictionis vocant: et humile, seu proprietatis. Postremum tribuitur in plenum, et semiplenum: hoc in directum, et utile. §. 406.

Dominium altum est jus Principibus competens, quo subditos regant, et statuant, quidquid publice necessarium est, vel utile, §. 407.

Dominium humile, seu proprietatis habent omnes privati in rebus suis: et ipse Princeps in bonis patrimonialibus. §. 408.

Dominium plenum continet proprietatem, et usum: semiplenum, ex quo proprietas habetur, directum dicitur; utile, ex quo usus. §. 409.

Ex dominio nascitur actio in rem, seu vindicatio; et distinguitur ab actione ad rem, quae in personam est. §. 410.

Jus in re ex quatuor fontibus oritur: videlicet dominio, possessione, servitute, et hypotheca. An jus petendae haereditatis his quatuor fontibus adjungi debeat? §. 411., *et* 412.

Jus ad rem, seu in personam, nascitur ex contractu, quasi contractu, maleficio, et quasi maleficio. §. 413.

Res divini juris plerumque alienari non possunt: si tamen justa caussa eas distrahi suadeat, eaedem regulae servari debent, ac in alienatione rerum, quae sunt juris humani. § 414. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Res publicae, vel universitatis iisdem modis acquiruntur, ac privatorum. §. 415.

Res communes, quae privatorum dominio subjici possunt, acquiruntur modis institutis a jure gentium: videlicet occupatione, accessione, et traditione. Res privatorum acquiruntur modis tum juris gentium, tum juris civilis. §. 416., *et* 417.

Modi a jure civili inducti universales sunt, vel singulares. Quatuor sunt universales, singulares numero plures sunt. §. 418.

In hoc titulo tantum expenduntur modi a jure gentium inducti. Tractasionis partitio. 419.

§. 397.

Antequam de modis agamus, quibus dominia rerum acquiruntur, opus est, ut expendamus dominii naturam, atque varias species; quippe ex diversa ejusdem indole diversae oriuntur actiones, diversique modi, quibus illud comparetur.

§. 398.

Dominii nomen duplici sensu accipi potest: aut proprie, et stricte, aut improprie et analogice. Priori sensu dominii appellatione nihil aliud significatur, quam jus illud, quo res nostra est. Posteriore sensu complectitur omne, et quodcumque jus, quod ab interpretibus jus in re vocari solet.

§. 399.

Dominium proprie sumptum, de quo hic tantum agimus, non inepte definitur: jus de re propria pro arbitrio disponendi, nisi lege, vel conventione prohibeatur. Ergo earum rerum domini sumus, quibus pro lubitu utimur, et, ut dici solet, abutimur, quas vendere, donare, transferre in alterum possumus: nisi lex liberam hujusmodi dispositionem auferat, vel arctioribus limitibus coerceat: veluti in pupillis, et minoribus, quibus etiamsi rerum suarum aeque domini sint, ac majores, alienatio tamen bonorum immobilium prohibetur, nisi ex justa caussa, et servatis quibusdam a lege statutis solemnitatibus (1).

(1) *De quibus diximus Tom. II. tit. 22. cap. 2. sect. 2. artic. 1. quaest.* 4.

§. 400.

Altera exceptio liberam rei propriae dispositionem tollens, vel imminuens ex privata conventione oriri potest: veluti si emptor venditori promiserit, se rem emptam nullatenus, vel in certam dumtaxat personam, quibusdam specialibus modis, vel conditionibus distracturum; aut nonnisi post certum tempus (1). Hinc patet, duplex veluti dominii genus statui posse: alterum, quod absolutum quidam vocant, quamcumque dispositionem praestans: alterum, quod limitatum dicitur, et quibusdam finibus continetur.

(1) *Exempla conditionum, quae in mancipiorum venditione apponi solebant apud Romanos, suppeditant. ff. lib. 18. tit. 7. de servis exportand., et cod. lib. 4. tit. 55. si servus exportandus veneat.*

§ 401.

Quam mox attulimus, atque explicavimus, dominii definitio, non tantum rebus corporalibus accommodatur, sed etiam incorporalibus, sive enim proprie, sive improprie sint in bonis nostris, quod supra expendimus (§. 383.); nemo dubitat, quin de his libere disponere unusquisque possit, quemadmodum de rebus corporalibus.

§. 402.

Caeterum, quod diximus, licere domino re sua uti, vel abuti, prout ipsi libuerit, ita intellegi debet, ut injustus dici nequeat, quasi justitiam commutativam violet; ingratitudinis tamen, et perfidiae reus est erga Deum, qui res suas temere dissipat: neque enim rerum dominium, vel usum alio consilio Deus unicuique permittit, quam

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

ut suis atque suorum necessitatibus subsidium ferat; publicae, et privatae utilitati studeat. Quare merito dixit Justinianus, reipublicae expedire, ne quis re sua male utatur (1).

(1) §. *ult. in med. instit. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt* (1. 8.).

§. 403.

Quin et hoc amplius est in patribusfamilias, ut non tantum gravissimi sceleris rei sint apud Deum, si bona dilapident, vel curam eorum negligant, sed et quandam iniquitatis, et injustitiae labem redolet haec agendi ratio; quippe onus imminet patribusfamilias, quo necessaria ad victum, vestitum, et educationem, proprie conditioni consentaneam, suppeditent iis, quos genuerunt: adeoque omni sollicitudine, et diligentia id agant, ut haec liberis praestent. Neque praecepta haec quis ea specie rejiciat, quod anxiae, et inconsideratae sint Theologorum invectiones; eadem quippe statuuntur a Wolffio, Grotio, Heineccio, aliisque juris naturalis interpretibus, atque ipsis Romanis prudentibus, sola aequitate, et ratione duce, quae homines a brutis secernit (1).

(1) *Ut patet ex tit. ff. de agnoscend., et alend. lib.* (25. 3.), *et cod. de alend. liber. etc.* (5. 25.)

§. 404.

Dominium Romani tribuebant in bonitarium, et quiritarium; seu naturale, et civile. Bonitarium, seu naturale, appellabant, quod acquirebatur modis a jure naturali, vel gentium quidem probatis, quos tamen civiles leges specialiter non firmaverant. Qui rem aliquam hoc dominii genere tenebat, non ipse ejus dominus, sed res in bonis ipsius esse dicebatur (1).

(1) *Qui tantum in bonis, non etiam ex jure quiritum servum habet, manumittendo latinum facit. Ulpian. in fragment. tit.* 1. §. 16.

§. 405.

Civile dominium Romanis erat, quod modis Romano jure inductis, atque probatis comparatum fuerat. Tres porro erant hujus generis modi: videlicet mancipatio, cessio in jure, et usucapio (1): verum Justinianus discrimen sustulit bonitarium inter et quiritarium dominium: atque constituit, ut quisque plene dominus sit suarum rerum. (2).

(1) *In bonis tantum alicujus servus est, velut hoc modo, si civis Romanus a cive Romano servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen mancipatus ei, neque in jure cessus, neque ab ipso anno possessus sit; nam, quamdiu horum quid fiat, is servus in bonis quidem emptoris est, ex jure quiritum autem venditoris est. Ulpianus in fragment. d. tit.* 1. §. 16.

(2) *L. unic. cod. de nud. jur. quirit. tollend.* (7. 25.)

§. 406.

Hinc dominium vulgo dividi solet in altum, seu eminens, et humile: quidam dicunt dominium jurisdictionis, et dominium proprietatis. Dominium proprietatis dividitur in plenum, et semiplenum: semiplenum in directum, et utile.

§. 407.

Dominium altum, seu jurisditionis, illud est, quod Principi competit, ut subditos suos regat: ea facere, et statuere possit, quae necessaria judicat, vel utilia publicae incolumitati. Hujus autem dominii vi, ait Wolffius, potest Princeps, impellente necessitate, libere disponere non tantum de rebus, quae propriae sunt cujusque privati, sed etiam de personis ipsis (1).

(1) *Wolffius instit. jur. natur., et gent. par.* 3. *sect.* 2. *cap.* 4. §. 1321.

§. 408.

Humile, seu proprietatis dominium illud dicitur, quod privatus quivis habet in propriis bonis. Dominium, quod Principi competit in bonis patrimonialibus, proprietatis appellari etiam potest, ut distinguatur a dominio jurisdictionis, quo fruitur tamquam Princeps, et reipublicae caput.

§. 409.

Dominium plenum appellatur, quod simul rei proprietatem, et usum complectitur: semipleno alterutram tantummodo continetur; videlicet vel propriotatis, vel usus. Quod proprietatem continet, directum dicitur: utile, quod in usu consistit. Dominium proprietatis semiplenum, et directum habet, qui rem in feudum, aut emphytousim concessit; utile, qui feudo, vel emphyteusi fruitur. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 410.

Ex dominio nascitur actio in rem, seu realis, quae etiam dicitur vindicatio (1); dominium enim ex numero jurium est, quao *in re* appellantur, atque ab iis distincta sunt, quae potius respiciunt personam, quae ad aliquod dandum, vel faciendum teneatur: ot jura *ad rem* nominantur: atque, sicut ex jure *in re* actio *realis* oritur, ita ex jure *ad rem* actio *personalis*. De his autem actionibus agitur in quarto institutionum libro.

(1) *L. Actionum* 25. *ff. de obligationib., et actionib.* (44. 7.), §. *Appellamus* 15. *instit. de actionib.* (4. 6.)

§. 411.

Unum tamen hic apposito animadvertendum est: nempe jus in re non tantum ex dominio, sed etiam possessione, pignore, et servitute proficisci; ut satis innuit Pomponius, cum docet, quatuor esse personarum genera, quae ad exibendum agere possunt: rei dominum, usufructuarium, possessorem, et creditorem pignoratitium (1); quippe omnes norunt, actionem ad exhibendum inter reales actiones accenseri (2).

(1) *Pomponius scribit, ejusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit; secundi in eo ususfructus sit; tertius possessionem suam contendat: quartus pignoratum sibi eum adfirmet. L. In hac actione* 3. §. *Pomponius* 12 *ff. ad exhibend.* (10. 4.).

(2) *L.* 1. *ff. eod. tit.*

§. 412.

Sunt, qui quatuor hisce juris in re fontibus quintum addunt, nimirum jus recipiendae haereditatis, quod tribuit actionem, quae a jureconsultis nominatur *petitio haereditatis* (1). Verum cum haec persecutio mixtis actionibus, nec immerito, accenseatur a Diocletiano, et Maximiano (2), inter caeteros juris in re fontes referri nullatenus potest.

(1) *Extat. ff. lib.* 5. *tit.* 3. *de haeredit. petit., et cod. lib.* 3. *tit.* 31.

(2) *L. Haereditatis* 7. *cod. de petit. haeredit.* (3. 31.)

§. 413.

Jus ad rem, seu ad personam, quae nobis obligata est, ex quatuor etiam fontibus oritur: videlicet ex contractu, vel quasi contractu; maleficio, vel quasi maleficio, seu delicto, vel quasi delicto; quippe ex his ovenit, ut persona ipsa ad aliquid dandum, vel faciendum teneatur, quamvis ipsius res nullo vinculo erga nos immediate adstringantnr (1).

(1) §. *Rei persequendae* 17., *et seqq. instit. de actionib.* (4. 6.)

§. 414.

Perpensis dominii natura, ejusque diversis speciebus, progrediendum est ad modos, quibus comparotur. Sed quia diversa ost rerum natura, quao in patrimonio nostro sunt, diversi quoque sunt modi, per quos earum dominium acquirimus. Res divini juris plerumquo alienari non posse demonstravimus (§. 7.); in iis autem casibus, in quibus legitima auctoritate earundem alienatio permittitur, iisdem modis, et regulis perficitur contractus, quae in distractione rerum humani juris servari debent, servatis tamen solemnitatibus, quae singillatim praescribuntur.

§. 415.

Res publicae, vel universitatis in privatorum dominium transeunt, eadem ratione ac

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1. caeterae res privati juris; universitates enim in his tanquam privatae personae considerantur (1), adeoque iisdem legibus subjiciuntur (2).

(1) *Civitates enim privatorum loco habentur. L. Eum, qui vectigal.* 16. *ff. de verb. significat.* (50. 16.)

(2) *L.* 1. §. 2., *l.* 7., *l.* 9., *et.* 10. *ff. quod cujusque universit.* (3. 4.)

§. 416.

Inquirendum ergo superest, quomodo acquirantur res privatae, et communes, quatenus harum nomine illae intelliguntur, quarum proprietas nullius est, ad privatos tamen pertinere potest (§. 31.). Cum autem res communes tales sint jure gentium, consequens est, earum dominium modis a jure gentium inductis comparari: sed rerum privati juris proprietatem adipiscimur tum modis, quos jus gentium invexit, tum quos civiles leges instituerunt.

§. 417.

Ergo modi, quibus dominia rerum acquiruntur, ad duo summa genera revocari possunt: nempe ad modos jure gentium inductos, et ad modos civili jure institutos. Tres sunt modi juris gentium, occupatio, accessio, et traditio. Duobus prioribus modis rerum proprietatem consequimur, quae dominum nunquam habuerunt, vel habere desierunt, aut saltem desiisse reputantur: ideoque dicuntur *originarii.* Postremo, scilicet traditione, nostram rem facimus, quae dominum habet, et *derivativus* appellatur.

§. 418.

Modi a jure civili instituti, quibus dominia rerum nanciscimur, alii sunt universales, singulares alii. Universales, quatuor sunt, haereditatis aditio, bonorum possessio, adrogatio, atque libertatum conservandarum caussa bonorum addictio, seu adjudicatio (1): singulares numero plures sunt: veluti usucapio, donatio, legatum, et similes.

(1) §. *ult. instit. per quas personas cuique acquiritur* (2. 9).

§. 419.

In hoc titulo Justinianus modos dumtaxat exponit, qui juri gentium accepto feruntur, alibi opportunius acturus de caeteris. Sed quia ampla est de his tractatio, clarioris doctrinae caussa tribus distinctis sectionibus rem perficiemus; itaut in prima expendantur, quae ad occupationem pertinent: in altera, quae ad accessionem: in tertia denique traditionis vis, et effectus demonstrentur.

SECTIO I.

De occupatione

SUMMARIA

Occupatio est apprehensio rei corporalis, jure gentium communis, animo eam sibi habendi. Explicatur definitio. §. 420.

Ad occupationem referuntur venatio, piscatio, bellica apprehensio, et inventio. §. 421., *et* 422.

§. 420.

Occupatio nihil aliud est, quam *apprehensio rei corporalis, jure gentium communis, animo eam sibi habendi.* Apprehensio dicitur, quatenus nonnisi ejus ope acquiri possunt res illae, quae in nullius dominio sunt (1). Rei corporalis apprehensio est, jura enim, et actiones, quae inter res incorporales recensentur, ad occupationem non pertinent. Addimus rei jure gentium communis; quae enim in alterius patrimonio sunt, aliis modis, veluti traditione, acquiruntur: prout infra demonstrabimus. Demum occu-

patio requirit animum rem apprehensam sibi habendi, ut in privati dominium transferatur, quae primum nullius erat. Occupatione autem dominia rerum comparamus, quia suadet ipsa naturalis ratio, ut primo occupanti concedatur; quod nullius est (2). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) §. *Ferae igitur* 12., *et seq. inst. hoc tit.*

(2) *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. L. Quod enim* 3. *ff. hoc tit.*

§. 421.

Quatuor sunt, quae ad occupationem pertinent: 1. Venatio: 2. Piscatio: 3. Bellica apprehensio: 4 Inventio.

§. 422.

Ergo occupationis jure capientis fiunt aves, animalia fera, res in bello ab hostibus ereptae, quae a domino projectae, et derelictae sunt, aut quae nullius dominio subjiciuntur: veluti gemmae in mari, vel litore, vel alibi inventae. Verum, cum in diversis hisce rerum speciebus acquirendis, diversae servari debeant regulae, seorsim de singulis agendum est.

ARTICULUS I.

De venatione, et piscatione.

SUMMARIA

Volucres, animalia fera pisces primo occupanti cedunt, quamvis in fundo alieno capiantur; nisi venatio fundi fructus sit: si tamen invito domino quis fundum alienum ingrediatur, dominus contra eum actionem injuriarum habet. §. 423, *et* 424.

Discrimen est inter thesaurum, et animalia, quod thesaurus tanquam pars fundi aliquatenus considerari potest: non autem animalia. §. 425.

Aprum laqueo captum solvens tenetur reficere damnum venatori. §. 426.

Ferae in vivariis inclusae, vel pisces in piscinis per occupationem acquiri non possunt. §. 427.

Ferae captae capientis esse desinunt, si denuo acquirant naturalem libertatem, quam adeptae reputantur, cum e conspectu abierunt, aut vix capi possunt. §. 428.

Fera vulnerata non cedit vulneranti, sed capienti: nisi tale vulnus inflictum fuerit, ut certo capi posset. §. 429., *et* 430.

Animalia mansueta prioris domini permanent, quocumque abierint: quamvis e faucibus lupi erepta sint. §. 431.

Animalia mansuefacta domini sunt, quamdiu servant redeundi animum, licet huc, illucque discurrant: animum vero redeundi ex consuetudine dimetimur. §. 432.

Una certa regula statui non potest, intra quod tempus animalia mansuefacta redeundi consuetudinem amiserint: in cervis puta brevius tempus inspicitur: longius in columbis. Quare prudens judicis arbitrium in hac re versatur. §. 433., *et* 434.

Dissensus veterum de quibusdam animalibus, an fera, an mansueta habenda sint. §. 435.

Apium fera natura est. §. 436.

Apes, quae in arbore nostra consederint, nostrae non fiunt, sed capienti cedunt. §. 437.

Quod dicitur de apibus, favis quoque, et examini apium convenit. §. 438.

Columbae, et pavones indistincte feris animalibus accensentur, licet facilius mansuefiant, quam alia quaedam animalia. § 439.

Gallinae, et anseres mansueta animalia sunt. §. 440.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Jus venationis, et piscationis inter regalia hodie recensetur. §. 441.

Proponuntur tres quaestiones de jure venationis, et piscationis, inspectis hodiernis plerarumque gentium moribus. §. 442.

Princeps juste potest venationem aliquando prohibere. §. 443.

Privati impedire nequeunt, quin Princeps, vel vassalli de venationibus investiti fundum ingrediantur venationis caussa. §. 444.

Ex consuetudine receptum videtur, ut cuique liceat per alienos fundos venatum ire, cum venatio a Principe prohibita non est. §. 445.

Qui contra Principis interdictum, vel jus alteri competens animalia venando capit, ex quorundam sententia indistincte dominus fit animalium. §. 446., et 447.

Atque hinc colligunt, animal eripi non posse illi, qui a venatore legitime acquisierit. §. 448.

Venatio prohiberi potest ratione personae, temporis, instrumentorum, vel loci. §. 449.

Ratione personae prohibetur clericis, saltem si ea abutantur: atque prohiberi potest agricolis, ne praedia inculta remaneant. Animalia tamen ab his capta capientibus cedunt. §. 450.

Qui animalia capiunt, cum venatio prohibetur tempore procreationis, et educationis foetuum, teneri videntur ad restitutionem erga rempublicam, si maximam copiam coeperint. §. 451.

Interdum modus statuitur, et demonstrantur instrumenta, quibus permittitur venatio, non aliter. §. 452.

Quid in hac re apud nos cautum sit? §. 453.

Qui contra hanc prohibitionem magnum animalium numerum capiunt, restitutionis oneri subjiciuntur. §. 454.

Cum venatio a fundi domino prohibetur, ferae capienti cedunt: nisi locus conclusus muris sit; vel fructus fundi ex venatione constet. §. 455., et 456.

An Principi restituere debeat, qui venatur in locis eidem reservatis, vel capit animalia, quae Princeps sibi specialiter excepit? §. 457., et 458.

Princeps jus venationis plerumque in vassallos transfert. §. 459., et 460.

Regalia non censentur translata in vassallos, praeterquamsi tabulis investiturae nominatim fuerint comprehensa, nec generalibus, quamvis maxime praegnantibus verbis, singularia Principis jura in vassallos transeunt. §. 461.

Vassallus, qui a Principe jus venationis habuit, potest vel per se, vel per alium in territorio venari, et quaecumque animalia capere; nisi aliud Princeps statuerit. § 462.

Potest Princeps vassallo concedere jus prohibendi venationem. §. 463.

Jus prohibendi venationem, vel piscationem non continetur sub concessione venationis, nisi constet jus ipsum a Principe jam creatum fuisse. §. 464.

Vassallus, qui feudum habuit ex contractu oneroso, si amplissima sint verba investiturae, potest venationem prohibere, et multam indicere, praeviae tamen Senatus confirmatione. §. 465.

Praescriptione, vel consuetudine vassalli acquirunt jus prohibendi venationem; dummodo prohibitioni accesserit ex parte subditorum patientia, et acquiescentia. §. 466.

Per unicum actum prohibitionis, cui communitas, ejusque membra acquieverint, vassallus adipisci potest jus prohibendi venationem. §. 467.

Praescriptio xxx. annorum hic requiritur, licet prohibitio a vassallo facta judicis auctoritate firmata, et publicata fuerit. §. 468.

Cum prohibitio judicis auctoritate emanavit, actus contrarii extra judicium gesti non impediunt praescriptionem. Quid si dubitetur, utrum subditi prohibitioni acquieverint, necne? §. 469.

Ex facultate per subditos, potissimum honestiores, frequenter petita, quaeritur vassallo jus prohibendi venationem §. 470.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Cum princeps territorii partem in feudum concedit unacum jure prohibendi venationem, postquam municipio concesserat jus venationis in toto territorio, posterius rescriptum in ea parte vires suas exerit. §. 471., *et* 472.

Onus vassallo, qui praescriptione nititur, incumbit ejusdem probandae, nisi investitus fuerit de venatione simul, et jure prohibendi. §. 473.

Piscatio, venatio, et banna campestria a privatis sine legitimo titulo possideri nequeunt. Utrum prosit sine illo immemorialis possessio? §. 474.

Cum duo de possessione contendunt, praefertur, qui habet titulum: si uterque titulo munitus sit, favorabilior est caussa illius, qui melius probat suam possessionem. §. 475.

Vassalli de venatione cum jure prohibendi investiti, curare debent, ne ferae nimis multiplicentur, quo agris pernicies inferatur. Quid de jure columbarii? §. 476.

§. 423.

Volucres, animalia fera, et pisces, generatim tradit Justinianus ad eum jure dominii pertinere, qui illa ubicumque coeperit, sive earum possessionem primus apprehenderit animo sibi habendi (1), ita suadente naturali aequitate.

(1) §. *Ferae igitur* 12. *inst. hoc tit.*

§. 424.

Nec interest in hoc argumento, utrum animalia in proprio fundo capiantur, an vero in alieno; quamvis enim fundi dominus prohibere alterum possit, ne ingrediatur (1), prodita etiam actione injuriarum contra eum, qui prohibitione contempta aucupium facere velit (2); attamen, cum fera adhuc nullius sit, nec ad fundi dominum pertineat; quia prohibitio domini naturalem ferae conditionem non mutat, capienti concedi debet (3): nisi forte fructus agri in venatione consistat (4).

(1) *D.* §. 12. *instit. hoc tit.*, *l. Quod enim* 3. *ff. hoc tit.*, *l. Divus Pius* 16. *ff. de servit. praed rustic.* (8. 3.).

(2) *L. Injuriarum actio* 13. §. *ult. ff. de injuriis* (47. 10.).

(3) *D.* §. 12. *instit.*, *et d. l.* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*

(4) *Venationem fructus fundi negavit esse: nisi fructus fundi ex venatione constet. L. Venationem* 26. *ff. de usur.* (22. 1.), *l. Item si fundi* 9. §. *Aucupiorum* 5. *ff. de usufructu* (7. 1.).

§. 425.

Neque objiciatur exemplum thesauri, qui in alterius fundo inventus, saltem pro dimidio, cedit domino fundi (1); magnum siquidem discrimen est thesaurum inter, et fera animalia: ille veluti praedii pars considerari potest: quo factum, ut veteres non convenirent, utrum inventoris fieret, an ad fundi dominum pertineret; animalia autem, quae ob naturalem levitatem huc, et illuc continuo vagantur, fundi pars nullatenus haberi possunt.

(1) §. *Thesauros* 39. *instit. hoc tit.*

§. 426.

Objici hic quoque solet Proculi responsum, qui speciem expendens de eo, qui aprum laqueo captum solvit, distinguit, utrum laqueus in loco publico, an privato, proprio, vel alieno, permittente, aut prohibente domino positus fuerit (1); postquam enim diversos hujusmodi casus doctrinae caussa demonstravit, indistincte respondit, solventem dominum non fieri, atque de damno erga capientem teneri, si aprum solutum dimiserit (2). Neque desunt alia juris loca, in quibus jureconsulti, specie quadam proposita,

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1. plures afferunt distinctiones, quam tamen, nulla habita earum ratione, generatim definiunt (3).

(1) *L. In laqueum 55. ff hoc tit.*

(2) *Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit: sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset, et actionem mihi in factum dari oportere. D. l. 55. in fin.*

(3) *V. l. penult. ff. quae in fraud. credit.* (42. 8).

§. 427.

Quod diximus, volucres, atque fera animalia in alieno fundo capta, etiam domino prohibente, et invito, capientis fieri, nisi fructus fundi in venatione sit (§. 424.), exceptionem habet, cum ferae bestiae in vivariis inclusae servantur, vel pisces in stagno (1); quia in hoc casu, naturali libertate amissa, dominii jure pertinent ad dominum fundi, qui eas primus occupavit, et adhuc retinet (2).

(1) *L. Possideri 3. § Item feras 14. ff. de acquirend. possess.* (41. 2.).

(2) *§. Ferae igitur 12 instit. hoc tit.*

§. 428.

Hinc patet, fera animalia ab alio occupata perpetuo capientis non esse, sed quandiu earum possessionem retinet. Si ergo pristinam haec libertatem recipiant, cessante acquisitionis fundamento, quod in occupatione, seu rei corporalis apprehensione, et detentione consistit (§. 420.), iterum nullius fiunt, et primo occupanti cedunt (1). In naturalem autem libertatem se recepisse judicantur, ait Justinianus (2), cum vel oculos capientis effugerunt: vel, etiamsi adhuc in conspectu sint, nimis tamen difficilis est eorum persecutio.

(1) *D. § 12. instit. hoc tit.*

(2) *In d. §. 12. in fine.*

§. 429.

Dissidebant antiqui juris prudentes, cujus esset fera vulnerata, utrum vulnerantis, an capientis. Capienti favit Justinianus; ea motus ratione, quod multa accidere soleant quibus fiat, ut fera etiam graviter vulnerata apprehendi nequeat: ideoque vulnerantis non intelligatur, nisi eam coeperit (1), secundum generalem occupationis regulam (2).

(1) *§. Illud quaesitum est 13. inst. hoc tit.*

(2) *Quae habetur in d. §. 12. inst. hoc tit.*

§. 430.

Verum, quia jus quoddam ad feram comparavit, qui tale vulnus eidem inflixit ut facilis sit apprehensio, aequitatem, atque jus gentium laedere videretur, qui feram ab altero graviter vulneratam persequeretur, ejus apprehendendae caussa: atque hinc facile excitari possent graves rixae, et dissidia, ut scite monent Vinnius, Voet, et Grotius (1). Quinimmo, si fera ita vulnerata fuisset, ut effugere non posset, injustitiae reus fieret, qui in vulnerantis dispendium eam apprehendere tentaret. Judex ergo singula adjuncta attente perpendere debet, ut rite definiat.

(1) *Vinnius ad §. 13. inst. hoc tit. num. 1., Voet in Pandect. ad hunc tit. num. 7. in fin., Grotius manuduc. ad jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 21. num. 28.*

§. 431.

Quod de volucrum, et animalium dominio, jure occupationis acquirendo, hactenus exposuimus, feris quidem convenit (1), non autem mansuetis, vel mansuefactis; quippe illa domini semper sunt, quocumque loco inveniantur (2); atque domino restitui debent quamvis e faucibus lupi erepta fuerint, itaut alioquin furti crimen admittatur, quemadmodum docet, et eleganter demonstrat Pomponius (3).

(1) *D. §. 12., §. 15., et 16. inst. hoc. tit.*

(2) *§. Gallinarum 16. inst. hoc tit., l. Naturalem 5. §. penult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Pomponius 44. ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41 tit. 1.

§. 432.

Mansuefacta animalia, ex generali regula a Justiniano tradita, tamdiu domini sunt, donec animum redeundi habent, quamvis alio aufugerint, et longe vagentur (1). Animus autem revertendi ex consuetudine dignoscitur, itaut eum amisisse videantur, quae reverti desinunt (2).

(1) §. *Pavonum* 15. *inst. hoc tit.*
(2) *D.* §. 16. *inst. hoc tit.*

§. 433.

Una, et certa regula definiri nequit, quo temporis spatio animalia mansuefacta animum, et consuetudinem revertendi amiserint, necne: quaedam enim sunt, ut cervi, quae animum revertendi abjecisse videntur, si per tres, aut quatuor dies reverti desierint: nisi forte non longe a domo vagentur; quia haec facilius in pristinam naturalem levitatem se recipiunt: columbae autem vel pavones, cum soleant longe admodum abire, et iterum reverti; atque ita mansuefieri non raro soleant, ut vix a mansuetis differant, longius temporis spatium praeterlabi debet, antequam naturalem libertatem ita recepisse videantur ut primo occupanti tribuantur.

§. 434.

Si ergo quaestio de his instituatur, non prius definire debet judex, utrum mansuefacta animalia revertendi animum amiserint, an adhue retineant, quam singula haec perpenderit: atque simul animadvertere debet, longius tempus permitti animalibus, quae facilius mansuefiunt, qualia sunt columbae, et pavones: brevius autem illis, quae aegre admodum naturalem feritatem exuunt; illa enim difficilius recipiunt pristinam libertatem, quam haec.

§. 435.

Regulas, quas hactenus explicavimus de animalibus feris, mansuetis, vel mansuefactis, certae sunt, et omnibus probatae. Sed quaedam sunt animalia, de quibus dubitabatur apud veteres, an mansuetis, an mansuefactis, vel feris essent connumeranda: atque potissimum dissidebant de apibus, pavonibus, columbis, gallinis, et anseribus: de quibus idcirco singillatim agit Justinianus.

§. 436.

Quoad apes pertinet, variae sunt sententiae. Quidam nec mansuetis, nec mansuefactis animalibus eas accensent; sed mediae inter utramque speciem naturae eas esse existimant (1): sunt, qui duo genera apium distingunt, quarum aliae ferae sint, aliae mansuefactae (2). Sed Justinianus indistincte apes inter fera animalia connumerat (3): nec inepte; cujuscumque enim generis apes huc, illuc, libere vagari solent, locum mutant, et alveum deserunt, in quo jam inclusae fuerunt (4).

(1) *Plin. natur. histor. lib.* 11. *cap.* 5.
(2) *Varro de re rustic. lib.* 3. *cap.* 16, *Columel. lib.* 9.
(3) §. *Apium* 14. *instit. hoc. tit.*
(4) *Non dubium, quin apes alvearits inclusae in patrimonio computentur, et privati juris sint; ut ex supra traditis satis colligitur. Quare merito tradit Pomponius, eas in judicium familiae erciscundae venire. L. Pomponius* 8. §. 1. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.); *videlicet de apibus accipiendum est alveo inclusis.*

§. 437.

Neque a Justiniano dissentit Paulus, quasi duas species apum secernere videatur, cum ait; *si apes ferae in arbore fundi tui apes fecerint* (1); eorum enim verborum idem sensus est, ac si diceret jureconsultus: *si apes, quae ferae, seu fera animalia sunt*, alias apes fecerint, qui eas abstulit, vel favum, furti non tenetur; quia naturalem libertatem non amiserunt; neque occupationis jure ad te pertinere judicantur ex eo, quod in arbore tua consederint; quia non aliter privati juris fiunt, praeterquam si alveo inclusae sint (2).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *L. Si apes* 26. *ff. de furtis* (47. 2.)
(2) §. *Apium quoque* 14. *Instit. hoc tit.*

§. 438.

Quae de apibus diximus, eadem quoque conveniunt favis, et examini. Ergo favi sunt primi occupantis, quamvis in arbore aliena apes consederint, ibique favos reliquerint: ita tamen ut fundi dominus ingredientem prohibere possit (1). Examen vero apium, quod ex alterius alveo evolaverit, tamdiu illius est, quamdiu in conspectu ejus permanet, nec nimium difficilis est persecutio: alioquin primo occupanti rursus acquiritur (2).
(1) *D.* §. *Apium* 14. *instit. hoc tit.*
(3) *D.* §. 14.

§. 439.

Pavonum, et columbarum fera quoque natura est, sicut apium, etiamsi evolare, et revolare soleant (1). Equidem columbarum quaedam species sunt, quae facilius mansuefiunt; quia tamen feritatem naturalem facile etiam recipiunt, et retinent, inter mansueta animalia recenseri non possunt; cum haec vix, ac ne vix quidem fera aliquando evadant, vel saltem permaneant (2).
(1) §. *Pavonum* 15. *instit. hoc tit.*
(2) *Quamvis Pomponius in l. Si pavonem* 37. *ff. de furtis* (47. 2.), *significare videatur, quoddam pavonum genus esse, qui mansueti sint, facile tamen de mansuefactis intelligi potest, ut Justiniano in d.* §. 15., *et Gajo in l. Naturalem* 5. §. *Pavonum* 5. *ff. hoc tit. consentiat.*

§. 440.

Gallinarum, et anserum duo genera agnoscunt Justinianus (1), et Gajus (2). Utrum haec naturae legibus consentiant, nostrum non est definire. Quod si duplex haec species sit, traditae superius regulae de animalibus mansuetis (§. 175.), et mansuefactis (§. 432.) servandae erunt (3).
(1) §. *Gallinarum* 16. *instit. hoc tit.*
(2) *D. l.* 5. §. *penult. ff. hoc tit.*
(3) *V. de hac re Plin. histor. natur. lib.* 10. *cap.* 21., *Varro de re rustic. lib.* 3. *cap.* 9., *Columel. lib.* 8. *cap.* 2.

§. 441.

Haec quidem obtinebant antiquo Romanorum jure; sed non omnino consentiunt hodierni plerarumque gentium mores; jus enim venationis, et piscationis tamquam regale consideratur, non secus ac flumina (§. 37.), postquam Imperator Fridericus expresse venationem sibi soli adseruit (1). Quare Princeps haec pro arbitrio prohibere potest, vel nonnisi determinata quadam forma, in certis locis, statutis temporibus permittere, vel alicui eadem jura speciatim concedere: et plerumque solent transferri in vassallos una cum caeteris juribus, quae a jurisdictione pendere indicantur (2).
(1) *Lib.* 2. *feud. tit.* 55. *Quae sint regaliae.*
(2) *Reg. Const. lib.* 6. *tit* 3. *cap.* 1. §. *ult.*

§. 442.

Tria ergo sunt, quae inspectis hodiernis moribus aliquanto fusius sunt explicanda: 1. Principem pro arbitrio prohibere posse piscationem, et venationem. Secundum, quod ex priore consequitur, posse utrique, quem aestimaverit, modum dare. 3. Principem jure hoc plerumque per semetipsum non frui, sed aliis, vassallis potissimum, concedere, quatenus regale quoddam jus a jurisdictione dependens, quod vassallis de jurisdictione investitis impertiri soleat Princeps. Atque hinc altera oritur quaestio, ut definiatur, quod emolumentum vassallis praestet concessa a Principe piscationis, et venationis facultas.

§. 443.

Quod ad primum pertinet, licet interpretes aliqui dubitaverint, utrum penes Principem haec potestas sit, imo eam Principi denegaverint: quia Princeps subditis ea prohibere nequeat, quae jure naturae, et gentium unicuique competunt: qualia sunt volucrum,

et ferorum animalium occupatio, prout docent jureconsulti, et post ipsos Justinianus (§. 167.); recepta tamen sententia est, Principi hujusmodi jus competere; quippequi dispensationem habet eorum, quae nullius sunt; atque non raro reipublicae interest, ut facultas haec subditis generatim auferatur, ne ab agrorum cultura, artificiorum opera eos hinc distrahi contingat: et uni praecipue concedatur ob praeclara in rempublicam merita. Quare jus piscandi in flumine cum facultate piscationem prohibendi inter regalia inferiora, seu, ut alii vocant, minora vulgo a pragmaticis recensetur (1). Atque idem ex rationis identitate de venatione dicitur.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Regalia duplicis generis passim distinguuntur, quorum alia majora, quaedam minora appellantur. Majoribus continentur metalli fodinae, jus condendae monetae; minoribus jus piscationis, et venationis, pedagia exigendi, et similia.*

§. 444.

An privatis adhuc competat, prout Romano jure constitutum fuerat (1), jus prohibendi, ne alter venationis caussa in suum fundum ingrediatur, si ponamus, venationem a Principe indistincte permitti, non consentiunt doctores. Sane nemo dubitat, quin non tantum Princeps ipse, sed etiam vassallus, qui a Principe jus venationis fuerit consecutus, per aliena praedia venatum ire possint: Princeps quidem in vim dignitatis, vassallus autem in territorio, quo jurisdictione potitur, vi juris a Principe in ipsum translati; quod saepe inane fieret, si cuique privato vassallum e suis praediis repellendi facultas esset.

(1) §. *Ferae igitur* 12. *instit. hoc tit.*

§. 445.

Gravior est difficultas de privatis in ea specie, qua jus venationis Princeps sibi non adseruerit, nec alteri speciatim, et praecipue concesserit. Sunt, qui putant (1), adhuc vigere Romanarum legum sanctionem. Aliis contra placet, Romani juris severitati in hac parte derogatum fuisse: atque consuetudinem ubique receptam proferunt, qua venatum eatur per quoscumque indistincte fundos, nec domini unquam prohibeant, nisi damnum satis vel fructibus inferatur (2).

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 22. *num.* 6., *ubi plures diversarum gentium auctores hanc sententiam tuentes commemorat.*

(2) *V. Edict. D. Amedei VII.* 17. *Junii* 1430., *quo* lupos, ursos, apros, et alias feras damnificantes vineas, blada, et caeteros terrae fructus cuilibet tam in praediis, et possessionibus propriis, quam alienis, prout in jura communi disponitur, venari, et capere, permittitur, nisi in locis propinquis residentiae Principis. *Penes Borel pag.* 283.

§. 446.

Quaeri et hac occasione solet, utrum ille, qui contra Principis prohibitionem, vel alterius, cui Princeps venationis jus concessit, animalia capit, teneatur ad restituendum. Immunem ab onore restitutionis eum putat Vinnius; quia venationis, vel piscationis prohibitio subditum quidem exuerit his juribus, quae gentium leges ipsi tribuerant, non autem derogaverit juri acquirendi animalia fera per occupationem: eadem fere ratione, qua ex Romanis legibus fundi dominus venatorem prohibere poterat, ne fundum suum ingrederetur, fera tamen capientis fiebat (1).

(1) *D.* §. *Ferae igitur* 12. *instit. hoc tit.*

§. 447.

Neque interest, subjicit idem auctor, quod poena a legibus statuta coerceatur, qui contra legitimi superioris prohibitionem feras capit; aut quod publica auctoritate cogi possit, ut feram restituat; haec enim probant quidem, jus Principi competere, quo venationem cum poena prohibeat: adeoque etiam posse, multae nomine animal a capiente auferre: non autem derogatum esse constitutioni juris gentium, qua capientis

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1. fiunt ea, quae nullius sunt; neque enim prohibitio id efficere potest, ut fera animalia, quae huc, et illuc per diversas, et longinquas regiones vagari solent, in privati dominio esse videantur, antequam capta fuerint.

§. 448.

Hinc ulterius infert, animal eripi non posse ab eo, qui legitimo aliquo modo illud a venatore acquisierit; quia animal hoc furtivum dici nequeat, aut alienum: nec ullius criminis reus sit, qui illud comparavit (1).

(1) *V. Edict. Caroli Emmanuel I. 2. Junii 1594. §. 6. penes Borel. pag. 286., quo poena 25. aureorum multantur, qui animalia edunt, donata accipiunt, emunt scienter volucres, vel animalia capta in locis, quae venationis caussa Princeps speciatim sibi reservavit.*

§. 449.

Suis equidem, nec contemnendis, argumentis innititur sententia haec: rectius tamen sentiunt, qui inspiciendam rationem docent, ex qua venatio interdicta est. Venatio quatuor ex caussis prohiberi potest. 1. Ratione status, seu conditionis personae. 2. Ratione temporis. 3. Ratione Instrumentorum. 4. Ratione loci.

§. 450.

Conditione personarum inspecta prohibetur venatio clericis, vel saltem venationis abusus (1); ne a divinis, et ecclesiasticis ministeriis abstrahantur: tum etiam ob periculi occisionis, vel alterius gravis damni, prout non infrequens docet experientia. Eadem fere ratione interdicitur rusticis, et colonis, ne agrorum culturam negligant. Sane nemo dubitat, quin animalia ab his capta, prohibitione nullatenus obstante, adhuc capientium fiant; prohibitio enim animalium dominium nulli privato addicit. Ergo, cum adhuc nullius sint, primo occupanti cedere debent, juxta generales juris regulas (2).

(1) *Cap. 1., et 2. extra D. G. de cler. ven. (5. 24.)*

(2) *§. Ferae igitur 12. instit. hoc tit.*

§. 451.

2. Prohiberi solet venatio tempore partus, et educationis foetuum (1), ne hinc penitus animalia destrui contingat. Interdum etiam suadente publica utilitate per longius aliquot annorum spatium interdicitur venatio, vel piscatio, ut interim animalium, et piscium copia augeatur. In utraque autem specie consentiunt omnes, immunes ab onere restituendi erga rempublicam non esse illos, qui egregiam animalium copiam occiderent, vel caperent; licet enim prohibitione non obstante animalia adhuc communia permanere videantur, certum tamen est, nemini privato jus competere, quo rebus communibus potiatur cum gravi aliorum dispendio; cum imo ea sit rerum communium indoles, ut quisque ex iisdem partem suam habere possit.

(1) *Olim apud nos venatio prohibebatur a prima die mensis Martii usque ad finem Junii. Edict. D. Victorii Amedei I. 16. Aprilis 1633. §. 12. pen. Borel. pag. 292: postea placuit, mutatis forte anni tempestatibus, eam interdicere a prima die Aprilis ad finem Julii. V. Edict. 14. Julii 1768. de regali venationis jure in provinciis Novariae, Dertonae, Ultrapadi, et Laumelli §. 2.*

§. 452.

3. Interdum quoque, etiamsi generatim permittantur venatio, et piscatio, modus tamen statuitur, et instrumenta demonstrantur, quibus utraque exerceri debeat: videlicet ea interdicuntur instrumenta, quibus maxima animalium, vel piscium copia apprehendatur in grave caeterorum dispendium, qui ad res communes jus habeat (§. praeced.).

§. 453.

Hinc jure, quo utimur, sub gravi quinquaginta aureorum poena vetitum est omnibus, quamvis piscationis jure utentibus, ne in fluminibus, et torrentibus aliter piscari audeant, quam retibus, aliisve similibus instrumentis; prout aquae naturaliter fluunt

(1). Potiori ratione prohibendum fuit, ne quis ad capiendos pisces in flumina projiciat calcem, venenum, aut aliud, quo piscibus noceatur (2). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41 tit. 1.

(1) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 7. §. 12.

(2) *Reg. Const. ibid. num.* 11. *Atque jamdudum apud nos hae servantur leges, ut constat ex Edict. D. Amedei VII.* 17. *Junii* 1430. *penes Borel. pag.* 283. *col* 2. *V. et Edict.* 9. *October.* 1767.

§. 454.

An restituere teneantur, qui hisce modis, vel instrumentis prohibitis animalia capiunt, eadem regula servanda videtur, quam explicavimus de iis agentes, qui tempore partus, et educationis foetuum venationem, vel piscationem exercent (§. 451.): videlicet si magnam animalium copiam occidant, vel apprehendant in grave reipublicae dispendium, restitutionis oneri subjiciuntur, quo damnum injuria datum resarciant. Quamquam non desunt, qui aliud sentiant: et gravissimam restituendi obligationem parum consonam putant aequitati, et rerum communium indoli.

§. 455.

4. Prohiberi potest venatio, aut piscatio ratione loci: nimirum vel quia fundi dominus obsistat, quominus alter venationis caussa in eum ingrediatur; vel quia Princeps quaedam loca sibi specialiter excipiat, itaut subditis aditus ad ea non pateat.

§. 456.

In prima specie animalia capientis fieri demonstravimus, utpotequae naturalem adhuc libertatem retineant, nec in privato ejus, ad quem pertinet fundus, dominio sint (§. 168.): excepto tamen casu, quo fructus fundi ex venatione constet (d. §.): vel animalia in vivariis inclusa, aut pisces in stagno serventur (§. 427.).

§. 457.

Difficilior solutu videtur altera quaestio; cum enim certissimum sit, fas esse Principi loca quaedam sibi praecipua habere, utpotequi regali venationis jure solus potitur (§. 445.); imo et deceat, ut, qui multos pro publica utilitate labores sustinet, peculiari aliqua ratione animum recreare possit, praeterquamquod ita expostulat Principis dignitas (1), justitiam laedere videtur, qui fera animalia, prohibitione hac contempta, occidere praesumit. Plerique tamen hic etiam distinguendum arbitrantur, ut restitutioni obnoxius tantum fiat, qui magnum animalium numerum capit (§. 454.).

(1) *Venatio apud nos ad Principem praecipue spectat per loca decem milliarium spatio ab Augusta Taurinorum posita, citra tamen, non ultra Padum. Edict.* 2. *Januar.* 1638. §. 1. *penes Borel. pag.* 298. *Excipiuntur tamen vassalli de venatione investiti, quibus adhuc venatio in his locis permittitur ad formam investiturarum. Ibid.* §. 3.

§. 458.

His addi potest casus, quo Princeps quorundam animalium venationem, ut sibi peculiaris sit, caeteris interdicit: veluti cervorum, aprorum, capreolorum, et his similium inter fera animalia: ardearum, phasianorum, falconum inter volucres (1). In his autem restitutionis obligatio facilius nasci potest, potissimum si occidantur animalia, quae locum facile non mutant, quorum idcirco facilior est occupatio.

(1) *Olim cervos capi vetitum erat a die* 1. *Octobris usque ad* 1. *diem Martii. Edict.* 17. *Jun.* 1430. *Borel. pag.* 282. *Postea indistincte prohibitum fuit eorum occisio, gravissima etiam in transgressore poena constituta. Edict.* 16. *April.* 1633. §. 2. *Borel. pag.* 292.

§. 459.

Explicatis iis, quae pertinent ad regale venationis jus Principibus hodie competens, juxta ordinem supra propositum (§. 442.), progrediendum est ad alterum caput, quo tradidimus, Principem plerumque jure hoc per se non uti, sed in vassallos transferre; utpotequia consideratur velut quaedam praerogativa jurisdictioni, qua fruuntur vassalli, fere annexa.

Inst. l. 2 tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 460.

De Principis potestate nemo dubitat; neque enim venationis jus inter regalia majora consideratur (§. 443.), quae ita Principis personae inhaerent, ut in alium transire nequeant. Quaestio ergo instituitur de voluntate, an, et quando Princeps jura haec in vassallos transtulisse videatur: tum, demonstrata in Principe bujusmodi voluntate, altera oritur controversia, quid, et quantum vassallis praestet venationis jus a Principe comparatum. Utrumque seorsim expendendum est, usu quidem fori inspecto, non ex Romanis legibus, quae jura haec inter res omnibus jure gentium communes recensebant (§. 425.).

§. 461.

Quaestio de Principis voluntate institui potest in ea specie, qua investiturae verbis jura omnia ad Principem pertinentia in vassallum transferri dicantur: nimirum verba haec indefinita ex se apta sunt, jus quoque venationis, et piscationis comprehendere; dubitari tamen potest, an restrictior sit verbis voluntas. Atque in hac re generalis regula traditur, regalia non aliter in vassallos translata censeri, praeterquam si investiturae tabulis nominatim fuerint comprehensa, itaut nec generali verborum, quamtumlibet praegnantium, vi singularia Principis jura una cum feudo transire existimentur (1). Quae regula praecipue locum sibi vindicat, quando clausula cum regaliis, vel regalibus non legitur in dispositiva concessionis parte, sed in prooemiali, vel finali (2); generales enim hujusmodi formulae vim suam commode exerere possunt in illis, quae eandem naturam habent cum expressis, et feudi nomine jam traditis (3).

(1) *Cum enim potius intersit, ut regalia penes Principem sint, translata in subditos non judicantur, nisi certo de concessione constet.*

(2) *Certa enim regula a tractatu inferri non potest.* §. 195. *D.*

(3) *Constat enim generalium verborum significationem ex subjecta materia restringi.* §. 197. *D. V. Reg. Constit. lib. 6. tit. 5. cap. 1.* §. *ult., in quibus jura piscationis et venationis, tanquam jurisdictionis, vassallis in vim feudi tributae, appendices exhibentur.*

§. 462.

Quod si ponamus, certo constare de Principis voluntate, qua jus venationis, et piscationis in vassallum transtulerit, certum est, vassallo in vim hujus concessionis jus competere venandi, et piscandi in territorio per se, vel per alium nomine suo, et quaecumque animalium genera capiendi, nisi facultas haec verbis investiturae ad angustiores limites fuerit coercita (1). Ratio est, quia verba ita semper intelligi debent, ut aliquid operentur (§. 195. D.).

(1) *Specialis nimirum venationis, vel piscationis facultas per haec verba vassallo data intelligitur.*

§. 463.

An vero investituris factis cum venationibus, et piscationibus contineatur jus haec prohibendi, una certa regula definiri non potest. In primis certum nunc apud omnes est, Principem posse regalia hujusmodi jura in vassallos transferre, quemadmodum sibi adserere potuit (§. 443.). Si ergo vassallus a Principe investitus sit cum jure prohibendi, dubium non est, quin hoc jure pro arbitrio utatur (1).

(1) *Thes. quest. forens. lib. 2. qu. 22. num. 4.* ✣

§. 464.

Quod si investiturae verba de jure quidem venationis, vel piscationis concepta sint, vel saltem in genere cum omnibus *pertinentiis* jurisdictionis, prohibendi autem jus expressim non contineant, generalis regula a pragmaticis traditur, jus prohibendi venationem, vel piscationem non comprehendi (1): nisi constet jus ipsum a Principe jam creatum fuisse, cum investiret (2): censet tamen Thesaurus, vassallum de venationibus

investitum, quamvis sine jure prohibendi, posse interdicere, ne subditi venentur in loco proprio destinato ad venationem, etiamsi muro vallatus non sit, nec sepe circumdatus (3). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Thes. lib. 2. quest. 22. num. 2.*

(2) *Neque enim Princeps venationis jus sibi semper excipit, sed subditorum arbitrio permittit, adeoque vassallo illud privative concedere non existimatur, nisi ita aperte declaret. Sed V. Reg. Constit. lib. 6. tit. 3. cap. 1. §. ult., et cod. lib. 6. tit. 3. cap. 3. §. 5.*

(3) *Thes. d. lib. 2. quest. 22. num. 9.*

§. 465.

Altera mox propositae regulae exceptio est, cum amplissima sunt verba investiturae, quo casu poterit etiam vassallus prohibere venationem, multam indicere adversus transgressores: saltem si feudum habuerit ex contractu oneroso (1). Sane restrictio verborum interpretatio fieri deberet, si feudum fuisset gratiose concessum; privilegium enim mere gratuitum, et alteri damnosum ultra naturalem, et necessariam verborum significationem non extenditur (§. 193., et seqq. 1.).

(1) *Haec enim, ut jam monuimus, a jurisdictione in vassallos translata, tamquam accessiones dependent. Reg Const. lib. 6. tit. 3. cap. 1. §. ult. Prohibentur tamen vassalli de venatione, et piscatione investiti, ne banna promulgent multa indicta, nisi praevia Senatus confirmatione. Reg. Consti. lib. 6. tit. 3. cap. 3. §. 6.*

§. 466.

Quin etiam ulterius in hac re vassallorum favore progressum est, atque passim in foro receptum, ut prohibendi jus, quod ipsis ex Principis voluntate non competit, usu, praescriptione, vel consuetudine acquirere possint. In primis ergo usu, seu praescriptione vassallus potest jus prohibendi comparare, dummodo tamen huic usui, seu repetitae prohibitioni accesserit ex parte eorum, qui prohibiti sunt, patientia, et acquiescentia, ut loquuntur pragmatici (1). Hinc a Senatu definitum fuit, jus prohibendi acquiri per unicum actum prohibitionis factum a vassallo, cui communitas, et particulares non contradixerint (2).

(1) *Thes. lib. 2. quaest. 22. num. 5., argum. l. Si quisquam 7. ff. de divers. temporalib. praescriptionib.* (44. 3.) *Huic quidem Marciani sententiae contrarius omnino videtur Papinianus in l. Praescriptio 45. ff. de usurpat., et usucapionib.* (41. 3.) *Papinianum quidam explicant de praescriptione totius fluminis, alii de praescriptione ordinaria; sed quidquid sit de hisce interpretationibus, ut jureconsultus uterque ad consensum adducatur, in foro recepta est Marciani sententia: nec immerito, postquam piscationis jus inter res jure gentium communes amplius non refertur.*

(2) *Thes. ibid. num. 8.* ✣

§. 467.

Diximus, jus prohibendi acquiri per unicum actum, quem communitas, et privati non improbaverint; quippe ex actibus singulorum praesumitur consensus universitatis in iis rebus, quas singuli, non uti privati, sed ut universi, et tamquam de populo faciunt, vel non faciunt; vel cum agitur de jure, quod singulis uti de populo competit; potissimum si fingamus seniores, vel honestiores ex universitate huic prohibitioni acquievisse; tunc enim locum habet juris axioma, quo traditur, consensisse videri eum, qui non prohibet, cum posset prohibere. (1).

(1) *L. In omnibus 3., et l. seq. ff. de noxalib. actionib.* (9. 4.)

§. 468.

Quod si vassalli prohibitio judicis auctoritate firmata, et publicata fuerit, quamvis potior huic vis inesse videatur, quam alteri extra judicium factae; adeoque sufficere; quidam sentiant, ad praescribendum universitatis patientiam per decem annos; com-

Inst. I 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

munior tamen, et aequior illorum opinio est, qui triginta annorum spatium requirunt, ut hujusmodi praescriptio inducta dicatur (1); universitas enim, ut scite ratiocinatur post alios Thesaurus, actionem habet contra dominum, ut inhibitionem auferat (2): actiones autem nonnisi triginta annorum spatio perimuntur (3).

(1) *Thes dec.* 16. *num.* 7.
(2) *Thes. ibid.*
(3) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescriptionib.* 30., *vel* 40. *annorum* (7. 39.).

§. 469.

Facilius recipi posse videtur, quod aliquibus placet, cum venationis prohibitio ministerio judicis emanaverit, actus contrarios extra judicium gestos vassallo non nocere; quia constare non potest, utrum ad domini notitiam pervenerint (1). Quod si dubitetur, utrum subditi prohibitioni acquieverint, necne, vassallo probandi onus injungi debet (2), contra quem stat praesumptio (3): nisi investitus fuerit cum jure prohibendi (4); quo casu pro se juris praesumptionem haberet; vel talis vigeat consuetudo (5).

(1) *Quae enim facti sunt, facile ignorantur. L. Regula est* 9 *ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.). *Si fingamus vassallum per publica programmata venationem prohibuisse forensibus, sententia ferri non poterit, nisi citatis forensibus; viribus enim destituitur sententia, quae lata fuit minime citata parte, cujus interest. L. De unoquoque* 47. *ff. de re judicat.* (42. 1.)
(2) *Thes. d. dec.* 16. *num.* 8. ✣
(3) *L. Ab ea parte* 5. *ff. de probationib.* (22. 3.)
(4) *Thes. d. dec.* 16. *num.* 9.
(5) *Thes. d. dec.* 16. *num.* 13.

§. 470.

Ex facultate per subditos petita ita sibi eos nocere, ut vassallo jus prohibendi adserant, communis est pragmaticorum sententia (1): dummodo non unus, vel alter ex privatis, sed passim, et praecipue honestiores ex universitate subjectionis hujus argumenta praestiterint: praeterquamquod enim facultas haec ex errore, vel metu peti potuit, ex unius, vel alterius facto universitatis consensus recte non eruitur (2).

(1) *Qui enim facultatem postulat, jus prohibendi in altero confitetur.*
(2) *Argum. L. De quibus caussis* 32. §. 1. *in fin. ff. de legib.* (1. 3.)

§. 471.

Quaeri hac occasione, nec inopportune, potest, quid juris sit in ea specie, qua Princeps, posteaquam concessit civitati, vel municipio jus venationis in toto territorio, ejus partem in feudum alteri tribuat cum jure venationem prohibendi? Posterius vassallo concessum privilegium censebiturne subreptitium, vel nullius roboris, utpote priori contrarium: an potius dicemus Principem per posterius priori derogare voluisse (§. 210. 1.)?

§. 472.

Vassalli favore respondendum suadet praesumpta voluntas Principis, qui priore generali concessione jus sibi ademisse existimandus non est, quo partem a priore privilegiario tollat, et in alterum transferat. Quare et in hoc casu generi per speciem derogari non dubitamus (1). Quod maxime obtinet, si prior concessio gratuita fuerit; hanc enim quivis successor libere revocare potest (2).

(1) *L. In toto jure* 80. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *Privilegium enim est. V.* §. 208. *Tom. I.*

§. 473.

Diximus, vassallo jus prohibendi venationem, vel piscationem usu, seu praescriptione competere posse (§. 466.); praescriptione quidem longissimi temporis, seu triginta annorum (§. 468.); cum autem praescriptio haec duo requirat, videlicet prohibitionem

ex parte vassalli, et acquiescentiam, ut pragmatici loquuntur, ex parte communitatis (d. §. 466.), onus probandi vassallo incumbit: nisi de venatione, et jure prohibendi simul fuerit investitus (§. 469.). Sed quid juris, si duo de possessione istorum jurium certent? Quis eorum praeferendus erit?

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 474.

In hac quaestione generalis regula primum constituenda est, in foro passim probata, piscationem, venationem, et banna campestria, utpotequae a jurisdictione dependeant, a privatis possideri non posse sine legitimo titulo, itaut nec immemorialis possessio semper sufficiat (1); haec enim in illis vim non obtinet, quae titulum necessario desiderant, quem ipsa fingit quidem, sed non probat.

(1) *Bannorum campestrium jus sine legitimo titulo ad privatos non pertinere jamdudum constituit D. Carolus Emmanuel I. Diplom.* 10. *Julii* 1621., *rationem adjiciens, quod facultas haec* de Regalibus *est; ratio autem haec venationem, et piscationem quoque comprehendit.* §. 441.

§. 475.

Si ergo duo de possessione contendant, in primis vincere debet, qui titulum pro se habet, contra alterum, qui titulo munitus non sit. Quod si uterque titulum proferat, secundum recepta juris principia potior, et favorabilior est illius caussa, qui possessionem suam melius probat (1). Quod si vassallus lite pendente privilegium a Principe obtineat prohibendi venationem, ejusdem praetextu in summarissimo possessorio vincere non debet, quia hujus inspectio ad aliud judicium pertinet (2).

(1) *Fab. cod. uti possidetis lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 1. *et* 3., *Thes. dec.* 206. *num.* 15., *Ab-Eccles. obs.* 187.

(2) *L. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. posses.* (41. 2.)

§. 476.

Unum in hac re monendum superest; nempe vassallum, quamvis de venatione cum jure prohibendi investitus sit, curare tamen debere, ne animalia nimis multiplicentur, adeoque nimiam agris perniciem inferant, Principum exemplo, qui in hisce casibus subditorum utilitatem propriae oblectationi anteferunt. Quod si vassallus jure columbarii fruatur, eum dumtaxat columbarum numerum retinere potest, qui non nimius videatur, inspecta quantitate bonorum, quae in eodem loco, et prope columbarium possidet (1).

(1) *In Gallia jus columbarii refertur inter ea, quae jurisdictioni annexa sunt. V. Argou* Instit au droit francois livr. 2. chap. 2., *Ferriere* dictionnaire de droit, et de pratique in v. *Colombier.*

ARTICULUS II.

De bellica apprehensione.

SUMMARIA.

Res hostium nullius finguntur, quatenus hostes iniqui earum detentores habentur. §. 477.

Res immobiles ab hostibus captae ad rempublicam pertinent. §. 478.

Praedae nomine apud latinos ea tantum mobilia veniunt, quae devictis jam hostibus capiuntur, quaeque a belli imperatore inter milites postea dividi solebant. §. 479.

Capere dicitur non tantum quis per semetipsum, sed etiam per ministerium alterius. §. 480.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1. *Bellum est publica armorum assumptio reipublicae ab extraneis tuendae, aut vindicandae caussa. Explicatur definitio.* §. 481.

Bellum duplex est, defensivum, vel offensivum. §. 482.

Bellum etiam christianis licitum est, dummodo fiat publica auctoritate, atque ex justa, et gravi caussa, quae semper praesumitur in bello indicto a legitimo Principe superiorem non recognoscente. §. 483.

Cum milites hostium res capiunt, reipublicae acquirunt, si tamquam ejus ministri capiant: sibi, si tamquam privati. §. 484.

Ministri reipublicae judicantur, quoties in actu publico belli, aut ducibus praecipientibus hostem insectantur: alias privato nomine agere videntur. §. 485.

Distinctionis mox explicatae ope conciliantur plurima legum Romanarum fragmenta, quae inter se videntur adversa. §. 486.

Communi fere populorum usu militibus concedi solent res omnes mobiles hostium quacumque ratione captae. §. 487.

Quae in excursionibus capiuntur, communiter tribui solent, habita tamen cujusque dignitatis ratione. §. 488.

Repraesaliae a privatis, vel etiam ab universitate, quae Principi subsit, ad vindicandam injuriam permitti non possunt: juste tamen interdum Princeps eas concedit, ut pertinaces, et rebelles subditi puniantur. §. 489.

Repraesaliae subditis permitti possunt a Principe adversus hostes. An prohiberi possint? §. 490.

Cum res nostra ab hostibus primum erepta fuit, et postea a nostris militibus iterum recepta, cujus sit, non omnino consentiunt hodierni mores cum Romanis legibus. §. 491.

Jure Romano generalis regula statuitur, res nostras mobiles ab hoste captas, tum recuperatas ad priorem dominum reverti jure postliminii. §. 492.

Excipiuntur, quae militis incuria, vel segnitie amissa sunt, veluti arma, et vestes, tum naves piscatoriae, vel voluptatis caussa paratae. Pretium tamen redemptori semper restituendum erat. §. 493.

Ex moribus, qui nunc apud plerosque populos vigent, domino restituuntur tantum res, quae incontinenti ab hoste receptae fuerunt: nisi contraria vigeat consuetudo, vel milites suis sumptibus certent. §. 494.

Res a piratis, vel latronibus ablatae, et redemptae priori domino restituendae sunt: redemptor tamen actione negotiorum gestorum consequi debet, quidquid impendit. §. 495.

Res nostra ab hoste capta, tum ab eodem fugiente in castris derelicta, priori domino restitui debet §. 496., *et* 497.

Res ab hostibus derelictae in praeda non sunt, nec praedae legibus subjiciuntur §. 498.

§. 477.

Explicatis primo, et secundo rerum genere, quarum dominium per occupationem acquiritur, ad aliud progrediendum est, quo continentur res in bello ab hostibus captae. Res quidem hostium, quamdiu ab ipsis possidentur, privati juris sunt, et uniuscujusque patrimonium constituunt: sed quia hostes tamquam iniqui detentores considerantur (1), idcirco illorum res nullius finguntur, ut apprehensae capientis fiant (2).

(1) *Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adjectionem indicantes, cum quibus bellum esset. L. Quos nos* 234. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.) *Hostes enim proprie dicuntur illi, cum quibus bellum est, caeteri latrones, aut praedatores. L. Hostes* 118. *ff. eod. tit.*

(2) §. *Item ea.* 17. *instit. hoc tit. Videlicet cum bellum geritur, res uniuscujusque privati ex hostibus considerantur, tamquam ad totum populum, adversus quem*

bellum est, pertinentes: adeoque ad iniquum, et rebellem detentorem. Princeps autem plerumque privatis ea addicit in quandam recompensationem; sicut enim belli gerendi caussa potest Princeps bona subditorum accipere, ita res ab hostibus captas iisdem permittit.

[illegible] tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 478.

Sed hoc quidem de rebus mobilibus accipiendum est, non de immobilibus, seu praediis; haec enim ad rempublicam spectare certissimum est (1). Atque idem jus obtinuisse videtur de servis, seu hostibus jure belli in captivitatem redactis; quos vendi solere ab Imperatoribus tradit Florentinus (2).

(1) *Publicatur .... ille ager, qui ex hostibus captus sit. L. Si captivus* 20., §. 1. *ff de captiv., et postlim revers.* (49. 15.)

(2) *L. Libertas* 4. §. *Servi* 2. *ff. de stat. homin.* (1. 5.)

§. 479.

Neque his, quae de mobilium occupatione, et jure dicimus, contrarius est Modestinus, ex quo *is, qui praedam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur, et in quadruplum damnatur* (1); quo satis aperte indicat, praedam publicam esse (2): praedae enim nomine ea tantum mobilia apud latinos veniunt, quae devictis jam hostibus capiuntur; quaeque a belli Imperatore inter milites postea dividi solebant. Sane, ut cuique attendenti patet, res istae ab hostibus captae, seu apprehensae dici nequeunt; quippeque, devictis hostibus, quaecumque eorum fuerunt, ad Principem pertinent, cujus jussu bellum gerebatur. Caeterum sunt, qui tradunt, huic crimini hodiernis moribus locum non superesse; quia praeda primo occupanti tribui soleat (3). Sed hoc a voluntate uniuscujusque Principis, et a recepta consuetudine pendet.

(1) *L. penult. ff. ad legem Juliam peculat.* (48. 13.)

(2) *L.* 1. *ff. eod. tit.*

(3) *Brunem. comment. in Pandec. ad d. l. penult.*

§ 480.

Certissima quidem est juris Romani regula, atque passim etiam hodiernis moribus probata, ut res hostium capientis fiant: sed quia capere dicitur non tantum ille, qui per semetipsum rem apprehendit; sed etiam, qui alterius ministerio re aliqua potitur (1); idcirco in quibusdam casibus dubitari potest, utrum res hostium ad eos pertineant, qui immediate easdem occupant, an ad rempublicam, vel Principem, cujus nomine bellum geritur.

(1) *L.* 1. §. 5., 6., 7., 8., 9., *et* 20. *ff. de acquirend. possess.* (41. 2.)

§. 481.

Sed, antequam haec perpendamus, explicandum est, quid sit bellum, et quotuplex: Bellum definiri potest, *publica armorum assumptio, reipublicae ab extraneis tuendae, aut vindicandae caussa.* Armorum assumptionem dicimus; quia, etiamsi in bello summa desideretur justitia, potior tamen, quia nemo superior est, qui jus dicere inter collitigantes possit, ejus caussa demum est, qui viribus magis pollet. Adeoque controversia armis, et clypeis, non rationum pondere definitur. Publica assumptio est, qua significatur, privatis non licere bellum indicere, aut sustinere, sed reipublicae, vel Principi, qui ejusdem caput est; quia de publicis, non de privatis rebus directo, et potissimum agitur; Postrema definitionis verba, duplicem belli jure gerendi caussam ostendunt: videlicet ad rem propriam tuendam, vel ab hoste recuperandam.

§ 482.

Hinc patet, generatim duplex esse belli genus; aliud defensivum, aliud offensivum: Defensivum dicitur, cum vis ab hoste facta vi etiam adhibita propulsatur: offensivum vero, cum hostis hostem aggreditur, ut damni ab eo illati sive in bonis, sive honore compensationem obtineat; vel bona ab eo inique occupata recipiat.

§. 485.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1. Bellum etiam christianis licitum esse, omnes fatentur, dummodo fiat publica auctoritate, atque ex justa, et gravi caussa (1). Sed justa haec, et gravis ratio in bello a legitimo Principe superiorem non recognoscente, indicto semper praesumitur, adeoque licitum bellum; neque publica salus patitur, ut subditis fas sit, in belli justitiam inquirere.

(1) *Cap. Dominus noster 2. caus. 23. quaest. 2.*

§. 484.

Hisce breviter praenotatis, ut quaestio proposita (§. 478.) definiatur, inspiciendum in primis est, utrum milites, vel alii, qui hostium bona apprehendunt, tamquam ministri reipublicae considerari debeant, vel tamquam privati, propriis commodis inhiantes. In priore specie secundum generales juris regulas reipublicae acquirunt, nisi aliud municipalibus legibus constitutum sit, vel usu receptum: in altera ad occupantes privato dominii jure pertinent (1).

(1) *Argum. l. Ea, quae civiliter 53. ff. hoc tit.*

§. 485.

Sed hinc oritur altera dubitatio, quandonam milites reipublicae ministri dici debeant, necne. Ex communi sententia ministri publici reputantur, non solum in publico quovis belli actu; sed etiam, quoties Principis, vel ducum jussu hostem aggrediuntur: si autem propria sponte, nemine praecipiente, in hostem irruant, privatam personam gerunt: quare sibi, non reipublicae, acquirunt.

§. 486.

Haec quidem singulis Romanorum prudentum sententiis omnino non congruunt. Sed, cum diversa diversis in locis sensisse videantur ipsi jureconsulti, nec omnes in unum convenire, ut ex hactenus pertractatis non obscure colligitur, distinctionis hujus ope invicem ad consensum adduci possunt.

§. 487.

Si autem plerarumque gentium mores inspiciantur, passim militibus concedi solet, quidquid ex re hostium capiunt, non solum in privatis certaminibus, seu excursionibus: sed et quo potiuntur in urbium, et locorum depopulatione: vel singulari valore, aut industria ab hoste referunt in publica acie, vel quod etiam devicti hostes post se relinquunt, atque praeda nominatur (§. 479.); quibusdam rebus exceptis, veluti tympanis, vexillis, armis, et similibus.

§. 488.

Quin et passim tradunt juris publici doctores, ea, quae in excursionibus, vel in publica acie milites capiunt, non singuli, sed omnes simul, inter ipsos tribui, non sane aequis portionibus, sed habita ratione dignitatis uniuscujusque. Militibus quidem addici debent res istae occupationis jure: non vero aequalem partem singuli ferre debent; quia pro diversa, et ampliori, qua praefulgent dignitate, amplius eos remunerari decet; quippe censentur majorem operam, atque industriam contulisse.

§. 489.

De repraesaliarum jure, et modo quaedam supersunt dicenda. Hic non loquimur de repraesaliis, quae a privatis, vel etiam ab universitate, quae Principi subest, ad vindicandam injuriam forte concedantur; atque istae merito reprobantur (1); quia legitima auctoritate destitutae, et sine justa caussa concessae: ad Principem enim, vel ad Magistratus, aut judices ab eo potestatem habentes confugere debet, qui se gravatum asserit; non autem propria sibi auctoritate jus dicere (2). Neque agimus de repraesaliis, quae a Principe aliquando permittuntur, vel etiam praecipiuntur, ut pertinaces, et rebelles subditi puniantur, quippequae ex gravissima caussa licitas interdum esse, omnes fatentur: quamquam raro admodum, et parce hujusmodi poenae genere subditos suos plectunt optimi Principes, ne innoxios pro nocentibus puniri contingat.

(1) *Cap. 1. extra de injur., et damn. dat. in 6. D.* (5. 8.)
(2) *L. unic. cod. ne quis in sua caussa* (3. 5.). Inst. l. 2. tit. 1. ff l. 41. tit 1.

§. 490.

De illis ergo repraesaliis agimus, quae a Principe subditis permittuntur adversus hostes; has autem jure divino, et canonico licitas esse certissimum est (1); utpote quae inductae sunt ad publicam vindictam, et defensionem, et favore populi. Nec desunt, qui sentiant, eas plerumque prohiberi non posse; quia cum populus belli tempore laboribus, et impensis gravari necessario debeat, aequum etiam sit, ut aliquam habeat repensationem, et spoliis hostium fruatur.

(1) *Cap. Dominus noster 2. caus. 23. quaest. 2.*

§. 491.

Quae hactenus pertractavimus, spectant ad res hostium belli jure ab ipsis eripiendas: quaeri adhuc potest, quae leges servari debeant, cum res nostra ab hostibus primum erepta est, et post a nostris iterum recepta fuit: an haec capienti cedat, an priori domino sit restituenda jure postliminii. In hac autem quaestione hodierni mores non omnino consentiunt apud omnes cum Romanis legibus.

§. 492.

Si ad Romanum jus animum convertamus, regula generalis traditur, res nostras mobiles ab hoste in bello capias capientis quidem fieri; sed, si vi facta a nostris recuperentur, vel alia arte ab hostium potestate educantur, statim ad priorem dominum reverti jure postliminii (1); militem enim, ut eleganter ratiocinantur Imperatores Diocletianus, et Maximianus, defensorem suorum esse decet, non dominum (2). Immobilia vero ab hostibus derelicta statim prioris domini fiunt (3).

(1) *L. Postliminium 19. princ. ff. de capt., et postlim. revers.* (49. 15.)
(2) *L. Ab hostibus 12. cod. eod. tit.* (8. 51.)
(3) *L. Si captivus 20. ff. eod. tit.*

§. 493.

Regula tamen haec ex ipsis Romanis legibus quasdam habet exceptiones. Atque in primis generaliter excipiuntur ea, quae militis incuria, vel segnitie amissa sunt, veluti arma, et vestes (1): non autem equus, qui sine culpa equitis proripere se potuit (2): tum etiam excipiuntur naves piscatoriae, vel quae voluptatis caussa paratae sunt, non quae ad usum belli sunt destinatae (3). Quinimmo certissimum est, pro iis rebus, quas jure postliminii priori domino restituendas esse Romani voluerunt, pretium a redemptore forte solutum eidem fuisse restituendum (4); ita naturali suadente aequitate.

(1) *L. Navibus 2. § ult., l. 3. ff. de captiv., et postlim. revers.* (49. 15.)
(2) *D. l. 2. §. 1.*
(3) *D. l. 2. princip.*
(4) *L. Mulier 6., l. In bello 12. §. Si quis servum 7. ff. eod. tit.*

§. 494.

Sed haec, si mores hodiernos inspiciamus, non omnino servantur; quamvis enim jus postliminii, non quoad personas, sed quoad res adhuc obtineat (1), distingui tamen solet in primis, utrum res incontinenti ab hoste eripiatur, an ex intervallo, postquam in castra hostium deducta fuerit: itaut in primo casu priori domino sit restituenda; quia in dominium hostium plene translata adhuc dici nequeat, non in posteriore (2): idem traditur, nimirum rem ad priorem dominum non reverti, cum viget in regione contraria consuetudo, veluti de Italia quidam testantur (3). Nec desunt, qui generaliter etiam casum excipiunt, quo milites suis sumptibus certent (4); quia aequum sit, ut laborum suorum, et sumptuum habeant compensationem.

(1) *Thes. lib. 2 quaest. 98. num. 4.*
(2) *Thes. ibid. num. 5. Atque sententia haec erui posse videtur ex l. Si quid bello*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

28. *ff. de captiv., et postlim. rever., ubi sic ait jureconsultus:* si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit. *Quam tamen legem varii varie explicant.*

(3) *Thes. ibid. num.* 6.

(4) *Thes. ibid. num.* 7.

§. 495.

Sane nemini dubium est, quin res aliena, quam non legitimus hostis, sed piratae, vel latrones abstulerint, semper prioris domini maneat (1), et restituenda sit ab eo, ad quem forte pervenerit. Sed si fingamus rem hanc pretio redemptam fuisse, redemptor negotiorum gestorum actione a domino repetet, quod impedit, et sine quo dominus rem suam nunquam recepturus fuisse (2); ne ex utili negotio, quod favore alterius gessit, damnum contra aequitatem sentiat (3).

(1) *L. Postliminium* 19. §. *A piratis* 2 *ff. eod. tit. de captiv. etc.*

(2) *Thes. d. quaest.* 98. *lib.* 2. *num. ult.* ✣

(3) *L.* 1., *et passim ff. de negotiis gest.* (3. 5.)

§. 496.

Diximus, ex recepta nunc apud plerosque sententia, rem ab hoste nobis ereptam, et postea a nostris recuperatam, priori domino restituendam non esse, si jam in castra deducta res fuerit, postea ex intervallo recuperata (§. 494. Eademne servari debet regula, cum res non ab hostium potestate vi rursus erepta, sed ab eodem fugiente in castris derelicta fuit? Capientine cedit, an priori domino restituenda est? Capienti favet generalis probata regula, quod dominus rei suae dominium amiserit, statim ac in castra hostium deducta fuit (d §. 491.): adeoque res hostis et nullius reputatur; proinde primi occupantis (§. 477.).

§. 497.

Potior tamen videtur prioris domini caussa; deest enim ratio legis, quae res has militibus occupantibus addicit, adeoque cessare debet ipsa lex: nimirum res, quae in hostis potestatem devenerunt, militibus recuperantibus (§. 494.) conceduntur in praemium laborum; et ut hac spe illecti audaciores, et promptiores fiant in acie, bellique pericula facilius, et libentius subeant; in hac autem specie nullus est labor, nullum vitae discrimen. Jus ergo postliminii, cui publica suadente utilitate in aliquibus derogatum est, vires suas exerere debet, potissimum, si res ab hoste derelictas non a militibus, sed ab aliis apprehendi contingant.

§. 498.

Neque objiciatur, res, de quibus disputatur, hostium per occupationem factas fuisse, adeoque veluti nullius considerari, et primo occupanti acquiri (§. 477.): quemadmodum etiam ex recepta nunc consuetudine praeda capienti tribui solet (§ 479.); nam nullibi traditur, sufficere ad hoc, ut res capientis fiat, quod apud hostes fuerit; imo desideratur, ut ab hostibus erepta sit (1); quia tunc viget publicae utilitatis ratio, ut inde promptiores, et audaciores milites fiant (§. praeced.). Neque res istae, si proprie loqui velimus, in praeda sunt (d. §. 479.): adeoque praedae legibus non subjiciuntur. Sed de his satis, superque. Postremum occupationis genus expendamus.

(1) *Item ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt* §. *Item ea* 17. *inst. hoc tit. Item quae ex hostibus capiuntur, jure gentium statim capientium fiunt. L. Naturalem* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

ARTICULUS III.

De inventione

SUMMARIA.

Ad occupationem refertur inventio. Duplex est rerum species, quarum dominium per inventionem acquiri potest: aliae dominum non habent, nec unquam habuerunt: quaedam in alterius dominio esse desierunt. §. 499.

Gemmae, et lapilli, qui in litore maris inveniuntur, non videnti, sed capienti cedunt. §. 500.

Rerum, quae derelictae dicuntur, dominium non acquiritur, nisi projectae fuerint animo derelinquendi. §. 501.

Res mobiles derelictas, semel ab altero occupatas, prior dominus repetere nequit: praedia vero deserta intra biennium restitui debent petenti priori domino, dummodo sumptus omnes reficiat. Quid de praediis derelictis? §. 502., et 503.

An liceat rem derelinquere in alterius damnum, puta agrum emphyteuticum, vel usufructuarium, ut immunitas ab oneribus obtineatur? §. 504, et 505.

Quae ex necessitate projiciuntur, vel casu amittuntur, rebus derelictis connumerari non possunt. §. 506.

Merces metu naufragii projectas occupans furti tenetur: nisi ex illis sint, quae in aqua statim corrumpuntur. §. 507.

Furti quoque reus est, qui res casu amissas retinet. Inquirere ergo debet illarum dominum, publicis etiam propositis programmatibus. §. 508., et 509.

Si omni adhibita diligentia dominus non inveniatur, potest inventor, qui pauper sit, eas sibi retinere; alioquin in pios usus convertere debet. §. 510, et 511.

Inventor sumptus omnes in utilitatem rei factos, et stipendium operarum a domino repetere potest; non autem ullum inventionis pretium jure petit, nisi ex aequitate, et humanitate. §. 512., et 513.

Thesaurus, quia nullius esse reputatur, per inventionem pariter acquiritur. §. 514.

Thesauri nomine aliquando donatur quicumque cumulus pecuniae, vel alterius rei pretiosae, cujus etiam cognoscitur dominus. §. 515.

Sed hic thesauri nomine intelligitur vetus depositio pecuniae, cujus non extat memoria: quae idcirco dominum non habet, vel non habere existimatur. §. 516.

Proponuntur quaedam distinctiones adhibendae, cum agitur de thesaurorum acquisitione. §. 517.

Thesaurus in loco proprio inventus totus inventori cedit, nisi iniquis artibus fuerit conquisitus. §. 518.

Inventori quoque addicitur thesaurus inventus in loco sacro, vel religioso, qui prius inventoris fuerit. §. 519.

Callistratus asserens, fisco deberi dimidium thesauri, inventi in locis fiscalibus, publicis, vel religiosis explicari debet de locis, quae prius ad inventorem non pertinuerint. §. 520.

Thesaurus inventus in loco sacro, vel religioso, qui prius inventoris erat, fisco tribuitur, si data opera fuerit conquisitus. §. 521.

Thesaurus in fundo alieno casu inventus pro parte dimidia ad inventorem, pro altera ad dominum loci pertinet: data opera quaesitus integer debetur domino fundi. §. 522.

Metalli fodinas licet exquirere in alienis praediis ob publicam utilitatem: in thesauris autem privatum commodum vertitur. §. 523.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1. *Ferae in fundo alieno, invito domino, captae capientis sunt, non thesaurus; quia grave imminet periculum; ne per thesaurorum exquisitionem domino fundi noceatur.* §. 524.

Cur thesaurus casu inventus totus inventoris non sit? §. 525.

Expenditur, quis dici debeat fundi dominus in hac quaestione §. 526.

Emphyteuta, et vassallus dominium fundi habere reputantur, ut thesaurum inventum integrum acquirant. §. 527.

Nec creditor hypothecarius, nec usufructuarius, nec maritus fundi domini censentur, ut totus thesaurus ad ipsos pertineat §. 528 *et* 529.

Fundo vendito, non tamen traditione secuta, thesaurus a venditore inventus ad eum pertinet, si strictum jus inspiciatur Sed aliud suadere videtur aequitas. §. 530.

Thesauris comparari aliquatenus possunt fodinae metalli, lapidum, et similes, §. 531.

Fridericus Imperator argentarias, et salinas inter jura majestatis recensuit. §. 532.

Metalla in locis publicis inventa quidam Principi addicunt, caetera privatis: atque contendunt, Friderici sanctionem in terris Imperii unice vigere, vel usu nunquam receptam, vel abrogatam; vel argentariae nomine metalla significari negant. §. 533. *et* 534.

Sentiunt alii, metalla omnia ad Principem pertinere, ut pote necessaria ad gravissimos in publicum bonum sumptus ferendos. §. 535

Probant sententiam suam, tum ex sacris litteris, tum ex sententia Ulpiani. §. 536.

Quidam distinguunt triplex metallorum genus, quorum alia pretiosa sint, alia media, alia infima. Prima indistincte Principi concedunt, non caetera. §. 537.

Jure, quo utimur cuilibet fas est, inquirere, et effodere metalla etiam in fundis alienis, (servatis tamen quibusdam conditionibus): nisi Princeps ipse, vel vassallus de metallis investitus malit, propriis expensis fodinae excavationem suscipere, et perficere §. 538., *et* 539.

Qui hoc jure uti volunt, infra spatium trium mensium opus incipere debent, nec ab eo cessare, nisi ex legitima caussa; alioquin decidunt a praelationis, vel inventionis commodo. §. 540.

Ærario fisci vel vassalis de regali fodinarum jure investitis, metalli certa portio tribui debet. §. 541.

Regiis sanctionibus partim Romanorum jus retentum fuisse, partim ex consuetudine post Friderici constitutionem vulgo recepta quaestionem hanc definitam fuisse, demonstratur. §. 542., *et* 543.

Proponuntur duae quaestiones de jure vassallorum in metalli fodinis. §. 544.

Jus metallorum, sive consistat in perceptione decimarum, sive in eorundem proprietate, ita adhaeret supremae Principis dignitati, ut ad privatos pertinere non judicetur, nisi de Principis voluntate manifeste appareat. §. 545.

Metallorum jus praescriptione etiam longissimi temporis non ammittitur; sed necessaria omnino est praescriptio, quae hominum memoriam excedat. §. 546.

Transitio ad secundum acquirendi jure gentium dominii modum. §. 547.

§. 499

Post feras, volucres, pisces, res hostium, quarum, occupationis vi, dominium comparatur, postremo loco enumerat Justinianus res inventas (1): quarum duplex est species; aliae quippe sunt, quae dominum nec habent, nec unquam habuerunt: veluti gemmae, et lapilli, qui in mari, vel litore maris inveniuntur. Aliae dominum quidem habuerunt, sed habere desierunt: quales sunt res a domino projectae, et derelictae: vel saltem reputantur, alterius dominio non amplius subjici, quia earum dominus ignoratur; atque in hunc numerum refertur thesaurus.

(1) §. *Item lapilli* 18., *et* §§. *seqq. inst. hoc tit.*

§. 500.

Inst. l. 2. tit. 1. §. l. 41. tit. 1.

Gemmae igitur, lapilli in mari, vel litore maris inventi capientis fiunt, quamvis alter prius viderit (1) occupanti, non videnti haec cedere dicimus; corporalis quippe rei apprehensio omnino necessaria est, ut acquiratur dominium rei, quae nullius fuit (§. 420).

(1) *D.* §. 18. *Inst. hoc tit.*

§. 501.

Ut rerum, quae derelictae appellari solent, dominium quis adipiscatur, duplex conditio interesse debet. 1. Requiritur, ut projectae, vel derelictae sint a domino 2 Ut projiciens vel derelinquens eo consilio sit, ne amplius eas in rerum suarum numero esse velit. Si deficiat prior conditio, ignoratur animus domini, quo velit res a se abjicere; si desit altera, dici nequit dominus, rei proprietate se exuere voluisse (1). Sane rem, puta domum, pro parte sua derelictam dicimus a socio, qui detrectet partem ferre expensarum, quae ad eam restituendam necessariae sunt (2). Quod si fingamus rem a non domino fuisse derelictam, occupans dominium ejus non acquirit, nisi ope praescriptionis (3).

(1) §. *Qua ratione* 47. *instit. hoc tit.*, *l.* 1., *l. Si id* 5. §. 1. *ff. pro derelict.* (41. 7.).

(2) *Neque enim in rerum suarum numero quis eam habere vult, quam scit interituram, non tamen periculum avertit.*

(3) *L. Id, quod* 4. *ff. eod tit.*

§. 502.

Ex his constat, per inventionem non tantum dominium rerum mobilium, quas dominus projecerit, sed etiam immobilium, quas dereliquerit, comparari posse. Hoc tamen mobiles inter, et immobiles res discrimen interest, quod illae antiquo domino nunquam restituendae sunt; biennium vero domino rerum immobilium concedi vulgo traditur, intra quod praedia sua repetere a possessore valeat, refectis tamen sumptibus in fundi utilitatem a possessore factis (1).

(1) *L. Qui agros* 8. *cod. de omni agro deserto* (11. 58.). *V.* §. 288.

§. 503.

Aliis, nec sine fundamento, placet, idem jus vigere pro mobilibus, ac pro immobilibus: Imperatores vero, intra biennium veteri domino concedentes, ut ad jus suum praedia revocet (1), interpretantur de agris desertis, non autem derelictis. Sane desertus a derelicto agro apprime distinguitur. Desertus proprie ille est, quem dominus colere desinit, forte quia impar est expensis in hanc rem necessariis; quin tamen ejus dominium abjicere intendat: contra derelictum dicimus agrum, cujus possessionem ea mente deserit dominus, et eum in numero rerum suarum amplius esse nolit (2).

(1) *In d. l.* 8. *cod. de omni agro deserto.*

(2) *D.* §. *Qua ratione* 47. *instit. hoc tit.*

§. 504.

Regula generalis est, unumquemque posse pro arbitrio res suas abjicere, vel derelinquere: exceptionem tamen habet, jure etiam civili inspecto, cum dominus eo consilio rem deserit, ut se ab aliquo onere liberet, quod alterius favore eadem res ferre debet; aequitas enim non patitur, ut quis consilium mutet in alterius dispendium (1).

(1) *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. L. Nemo potest* 75. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 505.

Equidem jura permittunt, ut, qui rem possidet cum aliquo onere, eandem deserat, si longe gravius sit onus, quam emolumentum quod ex re percipiatur: quare tum emphyteuta, tum usufructuarius fundi usum, invito etiam domino, abjicere possunt (1). Sed facultas haec legibus inter eos casus coercetur, quibus ille, qui rem derelinquit, non

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

tantum onera, sed et quaecumque emolumenta in alterum transfert Si ergo emphyteuta vel usufructuarius quis sit plurium praediorum, quorum alia fertilia sint, caetera sterilia, haec deserere non potest, ut ab onere iisdem annexo se liberet, et simul illa retinere; unius enim agri sterilitas alterius ubertate compensari debet (2).

(1) *L. Si absente* 48., *l. Cum usufructarius* 64. *ff. de usufruct.* (7. 1)

(2) *Qui utilia reipublicae loca possident, permixtione facta, etiam deserta suscipiant. L. Qui utilia* 5. *cod. de omni agro deserto, l. Haeredes* 4 *cod eod. tit.* (11. 58.)

§. 506.

Cum duplicem conditionem requiri demonstraverimus, ut rerum derelictarum dominium acquiratur (§. 245.), videlicet projectionem, et domini consilium, qui eas in numero rerum suarum amplius habere nolit, consequens est, dominium inventori non addici earum, quas dominus projecit, necessitate impellente, recepturus tamen; vel quas fortuito amisit.

§. 507.

Hinc non fiunt inventoris merces in mare metu tempestatis, et naufragii projectae: itaut etiam furti reus habeatur, qui eas contrectat lucri faciendi caussa (1). Excipiendae tamen sunt res, quae in aqua statim corrumpuntur; tum quia suadet potius aequitas, ut hae inventori tribuantur, quam pereant; tum quia recipiendi consilium dominus habere non videtur (2).

(1) §. *ult. inst. hoc tit.*

(2) *Si jactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur? Quaestio in eo est, an pro derelicto habitum sit. Et, si quidem derelinquentis animo jactavit (quod plerumque credendum est, cum sciat periturum), qui invenit, suum fecit, nec furti tenetur. L. Falsus creditor* 43. *ff. de furtis* (47. 2.).

§. 508.

Eadem conditio est rerum fortuito amissarum (1): adeoque in furti crimen impingit, qui eas accipit, ut suas faciat, sive sciat, cujus sint, sive ignoret (2); animo enim furtum committit, qui rem sibi usurpat, quam certo scit, suam non esse, quamvis dominum ignoret (3).

(1) *D.* §. *ult. instit. hoc tit.*

(2) *D. l. Falsus creditor* 43. §. *Qui alienum* 4. *ff. de furtis.*

(3) *Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere: cum talis depositio in furti actione jamdudum veteribus legibus definita est dicentibus: si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur. L. ult.* §. ✣ *cod. unde vi* (8. 4.).

§. 509.

Sed cui restitutio facienda est, cum dominus rei ignoratur? Sane nemo dubitat, quin criminis expers sit, qui paratus est, rem domino, cum cognoverit, reddere (1). Ut autem facto demonstret inventor, se animo paratum esse, suadet Ulpianus, ut libellum proponat, quo declaret se invenisse, et paratum reddere ei, qui se dominum probaverit (2). Suadere tantum videtur jureconsultus, sed ad id teneri docent passim theologi ex eo charitatis praecepto, quo jubemur, ut aliorum caussa faciamus. quae nobis fieri juste expetimus (3) Atque ulterius inferunt, contra justitiam derelinquere eum, qui haec omiserit, unde fiat, ut, dominum ignorans, rem sibi temere attribuat; quia non prodest ignorantia, quam quis abjicere non satagit.

(1) *D. l.* 43 §. *Proinde videamus* 8. *ff. de furt.* (47. 2.)

(2) *Solent plerique etiam hoc facere, ut libellum proponant continentem invenisse, et redditurum ei, qui desideraverit. Hi ergo ostendunt, non furandi animo se fecisse. D. l.* 43. §. 8.

(3) *Argum l. Servus* 7. *ff. de servis exportand.* (18. 7), *l. Ut vim* 3. *ff. de justitia, et jure.* (1. 1.)

§. 510. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Quod si convenienti adhibita diligentia adhuc ignoretur dominus, poterit, ait Vinnius, inventor, qui pauper sit, eam rem sibi retinere, tamquam munus divina liberalitate concessum. Quod si dives fuerit, prosequitur idem auctor, bene, et pie faciet, si in usus, et alimoniam pauperum eam convertat: canonistae tamen cum theologis dicerent, non tantum bene, et pie, sed ex justitiae, et conscientiae debito ita fieri debere (1).

(1) *Vinnius comment. in instit. ad* §. 47. *hoc tit. num.* 5.

§. 511.

Equidem theologi, et canonistae inventorem alienae rei, qui dives sit, teneri docent, ad rem, cujus dominum non invenit, in usus pios convertendam. Atque sententiam hanc ex ipso civili jure apertissime demonstrant; eo quippe traditum est, rei amissae dominium non amitti, nisi animus abjiciendi intervenerit (1): neque aliqua lex proferri potest, quae hujusce rei dominium in proposita specie inventori addicat. Si ergo antiquus dominus rei proprietatem adhuc retinet, inventor nonnisi, ut administrator, seu dispensator considerari potest; adeoque juxta praesumptam domini voluntatem re uti debet. Sane dominus potius praesumitur, eo esse animi consilio, ut res sua in pia opera, vel pauperum subsidium erogetur, quam apud inventorem divitem, et forte abusurum remaneat; quia in prima specie emolumentum pii operis consequitur. Atque ita constituit S. Carolus Borromeus (2).

(1) *D.* §. *penult., et ult. instit. hoc tit.*

(2) *In quarto Conc Mediolan., ubi sic legitur:* Res inventa pauperibus, aut piis locis erogetur, si dominus diu requisitus non appareat. *S. Thomas opusc.* 73. *cap.* 16. *suadet, ut alicui loco pio detur, qui ea interim fruatur; sed simul spondeat, se eandem domino, qui forte inveniatur, restituturum. Atque haec convenientior caeteris videtur ratio.*

§. 512.

Quaerunt hic interpretes, utrum inventor aliquod inventionis pretium a domino petere possit. Fatentur omnes, sumptus inventori reficiendos esse, quoscumque fecerit rei inveniendae, recuperandae, vel servandae caussa: quos quidem actione negotiorum gestorum consequitur; utpotequia utile negotium domino gessit (1). Conveniunt etiam plerique, de congrua mercede pacisci cum domino licere ei, qui rem ammissam inquirere paratus sit, in praemium laboris, et industriae.

(1) *L.* 1., *et* 2. *ff. de negot. gest.* (3. 5.)

§. 513.

Quod si rei inventor nihil in eam impenderit, mercedem quidem sponte oblatam accipere posse, sentit Ulpianus, non tamen honeste petere (1). Minus ergo mercedem, veluti summo jure debitam, exigere potest; neque enim cogendus est rei dominus, ut rem suam etiam pro parte emat. Atque haec ratio demonstrat, ne promissum quidem prius praemium jure expostulari; quia pollicitatio non sponte prodiit, sed eo consilio, ut iniquus, vel avarus inventor ejus spe illectus rem domino restitueret.

(1) *Quid ergo, si inventionis praemia petat? Nec hic videtur furtum facere, etsi non probe petat aliquid. D. l. Falsus creditor* 43. §. *Quid ergo* 9. *ff. de furt.* (47. 2.)

§. 514.

Sequitur de thesauro quaestio, qui, uti jam animadvertimus (§. 243.), in earum rerum numerum refertur, quae nullius existimantur; quia, etiamsi dominum forte habeat, attamen ignoratur. Quare eadem regula in thesauris servanda videretur, quae praescribitur de caeteris rebus, quae nullius dicuntur. Verum, quia singularia quaedam sunt in his, idcirco legislatores speciales quasdam leges constituerunt, quibus, non quidem destruatur generalis regula, sed ad aequitatis normam exigatur.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 515.

Duplex est apud ipsos jureconsultos thesauri significatio; ejus enim appellatione interdum demonstrant quamcumque pecuniae, vel alterius rei pretiosae copiam, quae non ita pridem abdita fuerit, et cujus dominus cognoscatur (1). Atque de hoc thesaurorum genere explicandus est Paulus, cum ait, eum, qui sciat thesaurum in fundo positum esse, continuo eundem possidere, simul atque possidendi affectum habuerit (2); etenim thesaurorum, qui nullius reputantur, neque proprietas, neque possessio acquiritur, nisi praeter animi consilium apprehensio corporalis simul interveniat (3).

(1) *L. Thesaurus* 15. *ff. ad exhib.* (10. 4.), *l. Item Labeo* 22. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.), *l. Peregre profecturus* 44. *ff. de acquirend. possessione* (41. 2.).

(2) *L. Possideri* 3. §. *Neratius* 3. *ff. eod. tit.*

(3) *Argum.* §. *Illud. quaesitum* 13. *instit. hoc tit.*, *d. l.* 3. §. 1. *ff. de acquir. possess.*

§. 516.

Sed in hoc argumento, quo agitur de comparando rei dominio per inventionem, thesauri nomine intelligitur vetus depositio pecuniae, vel alterius rei pretiosae, cujus dominus ignoratur (1). Quod ergo lucri, metus, vel custodiae caussa abditur, proprie thesaurus non est, qui inventori cedat (2).

(1) *L. Nunquam nuda* 31. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 31. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 517.

Quod ad thesauri acquisitionem pertinet, distingui debet, utrum in loco proprio inventus fuerit, an in alieno. Si in alieno, rursus distinguendum est, an fortuito, dum aliud ageretur, an data opera quis eum conquisierit, et quaesitum invenerit.

§. 518.

Thesaurus, in loco proprio inventus, totus inventori cedit; cui in hac specie favet et jus accessionis propter fundi dominium, et jus occupationis per inventionem (1). Excipitur tamen casus, quo quis thesaurum, in proprio licet fundo, magicis, vel iniquis aliis artibus quaesitum invenerit; ab hoc enim tamquam ab indigno auferri debet, et fisco addici (2).

(1) §. *Thesauros* 39. *instit. hoc tit.*

(2) *Nam in suis quidem locis unicuique, dummodo sine sceleratis, ac puniendis sacrificiis, aut alia qualibet arte, legibus odiosa, thesaurum . . . . quaerere, et invento uti, liberam tribuimus facultatem. L. unic. fere in princip. cod. de thesaur.* (10. 15.)

§. 519.

Quod de thesauris, in loco proprio, honesta ratione inventis modo diximus, idem servatur, cum locus sacer quidem, vel religiosus est, sed ad inventorem pertinet (1), tamquam rei profanae accessio. Norunt quippe eruditi omnes, Romanos propria habuisse sepulcra (2), immo et templa (3); quamvis enim religiosae, vel sacrae res ab hominum commercio exemptae sint, adeoque non possint privatorum dominio subjici (4); quadantenus tamen ad eum pertinere videntur, qui eas divino cultui consecravit. Quare traditum est, vendito fundo, in quo constitutae sunt, in emptorem, veluti fundi accessiones, transferri (5).

(1) §. *Thesauros* 39. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Familiaria* 5. *ff. de relig., et sumpt. funer.* (11. 7.)

(3) *L. Sacrilegi* 9. §. 1. *ff. ad legem Juliam peculat.* (48. 13.)

(4) §. *Nullius* 7. *instit. hoc tit.*

(5) *L. In modicis* 24. *ff. de contrahend. empt.* (18. 1.)

Inst. l. 2. tit. 1. C. l. 41. tit. 1.

§. 520.

Neque ab his dissentit Callistratus docens, thesaurorum, qui in locis fiscalibus, vel publicis, aut religiosis reperti fuerint, dimidiam partem fisco vindicari (1); jureconsultus enim, ne Justiniano perperam adversetur, commode intelligi potest de locis religiosis, quae privatorum non sint, sed fisci, aut reipublicae.

(1) *L. Non intelligitur* 3. §. *Si in locis* 10. *ff. de jure fisci* (49. 14.).

§. 521.

Traditam supra (§. 263) sententiam de thesauris in loco sacro, vel religioso inventis coercet Justinianus ad eum casum, quo fortuito inventi fuerit (1). Ergo data opera conquisiti fisco addici debent, et ab inventore auferri, tamquam indigno, quia loca sacra, vel religiosa effodere ausus fuerit; publice enim interest, ut ab his, vanis plerumque, et noxiis disquisitionibus abstineatur.

(1) *D.* §. 39. *instit. hoc tit.*

§ 522.

Si thesaurus in alterius fundo inveniatur, distinguendum diximus (§. 517.), utrum casu, an data opera fuerit inventus. In prima specie dimidia ejus pars inventori cedit; quin intersit, cujus sit fundus, publicus, an privatus, Caesaris, fisci, vel alicujus universitatis (1); in altera totus domino fundi tribuitur in poenam injuriae fundi domino illatae (2).

(1) *D.* §. 39 *instit. hoc tit.*, *d. l. unic. cod. de thesauris* (10. 15.).

(2) *In alienis vero terrulis nemo audeat invitis*, idest *nec volentibus*, *vel ignorantibus dominis opes abditas suo nomine perscrutari. D. l. unic. in med. cod. de thesaur.*, *in qua legimus* idest, *non imo*, *quemadmodum ferunt quaedam exemplaria ; iis enim verbis*, idest nec voleutibus, vel ignorantibus dominis *explicat Imperator*, *quibus modis invitus dominus dici possit: videlicet vel cum expresse prohibet*, *vel cum ignorat. Sane ipsa naturalis ratio demonstrat licere domino fundi*, *vel per se*, *vel per alium*, *quem maluerit*, *thesauros in proprio agro inquirere*, *sicut potest quodcumque aliud opus facere: nisi justa de caussa aliter statuat civilis lex*, *quae in hac specie favet ; ait enim Imperator*, nam in suis quidem locis unicuique .... thesaurum ..... querere, et invento uti, liberam tribuimus licentiam.

§. 523.

Metalli quidem, et lapidum fodinas in alienis praediis licet exquirere (1). Sed ab his ad thesauros non valet illatio; publica enim in metalli fodinis versatur utilitas, privatum emolumentum in thesaurorum exquisitione.

(1) *L. Cuncti* 3., *l. Quosdam* 6. *cod. de metallariis* (11. 6.).

§. 524.

Cur autem volucres, et fera animalia, in alienis praediis capta, occupantis fiant, quamvis dominus alterum prohibuisset, ne fundum ingrederetur (1): thesaurum autem in alieno fundo repertum inventori non tribuerint leges (2), duplex afferri potest discriminis ratio. Prima in eo est, quod per venationem fundi dominus nullum, aut nonnisi leve damnum sentiat: contra grave dispendium immineat ex thesaurorum investigatione; cum plerumque necesse sit, terram fodere, arbores dejicere, aedificia demolire. 2. Quia fera animalia, et volucres proprie nullius sunt; thesaurus autem fictione juris civilis nullius reputatur.

(1) §. *Ferae igitur* 12. *instit. hoc tit.*

(2) *D.* §. *Thesauros* 39. *inst. hoc tit.*

§. 525.

Hinc patet ratio, cur leges thesaurum in alterius praedio casu fortuito repertum inventori totum non concedant: videlicet, quia dubitari aliquando potest, an a fundi domino reconditus sit. Quamquam aliis placet, nec sine fundamento, Hadrianum mediam hanc viam secutum fuisse, quia disceptabatur inter veteres jureconsultos, utrum

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

species haec acquisitionis ad inventionem, an ad accessionem referretur. In priori sententia totus inventori dari debuisset, quemadmodum existimabat Paulus (1): in altera domino fundi. Cum utraque sententia suis non contemnendis argumentis innitatur, utramque pro parte secutus est Imperator (2).

(1) *L. Nunquam nuda* 31. § 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. §. Thesauros* 39. *inst. hoc tit.*

§. 526.

Thesaurum in loco proprio honesta aliqua arte inventum fundi domino integrum acquiri diximus. (§. 518.). Hinc oritur quaestio, quis dici debeat fundi dominus in hoc argumento Dubitari potest de emphyteuta, vassallo, marito, usufructuario, creditore hypothecario, et venditore.

§. 527.

Quod ad emphyteutam pertinet, aequius videtur, fundi dominum haberi, ut integro thesauro potiatur; omnes enim indistincte fructus percipit, qui in fundo nascuntur; et damna etiam sustinere cogitur. Quare fundi dominus in jure dicitur (1): atque comparatur proprietario, quoad immunitatem praestandae cautionis (2). Haec autem vassallis omnino conveniunt, qui et feudorum domini nominantur (3).

(1) *L. Possessores* 12. *cod. de fundis patrimonialib.* (11. 61.)

(2) *L. Sciendum est* 15. *princ.*, et §. 1. *ff. qui satisdare cogantur* (2. 8.).

(3) *Rei autem per beneficium recte investitae vassallus hanc habeat potestatem, ut tamquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare; et, si ab alio ejus rei nomine conveniatur, defensionem opponere. Lib. 2. feud. tit. 8. de investitura de re aliena facta, versic. Rei autem.*

§. 528.

Aliud contraria ratione servandum est, cum de creditoribus hypothecariis, vel usufructuariis quaeritur; creditor enim hypothecae quidem vi jus in fundo habet, quod tamen a dominio longe distat (1): usufructuarius autem proprietario comparatus, ne dominii quidem speciem habere videtur (2); nec thesaurus inter praedii fructus computatur (3).

(1) *L. Si is* 63. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *Princip. instit. de haeredib. instituend.* (2. 14.)

(3) *L. Fructus* 7. §. *Si fundum* 12. *ff. solut. matrim.* (24. 3.)

§. 529.

Thesaurum fructibus praedii non accenseri, modo ex Ulpiano tradidimus; atque inde colligit idem jureconsultus, thesaurum in fundo dotali inventum ad maritum non pertinere, sed partem dimidiam ejus, tamquam in alieno fundo inventi, mulieri esse restituendam (1). Equidem maritus fundi dotalis civile dominium nanciscitur, sed mulier retinet dominium naturale (2). Quare, cum hic agatus de acquirendo rerum dominio per modum a jure gentium, seu naturali institutum (§. 417.), potius inspiciendum est dominium naturale mulieris, quam civile mariti.

(1) *Sed etsi vi tempestatis ceciderunt (arbores); dici oportet, pretium earum restituendum mulieri, nec in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur: sed pars ejus dimidia restituetur, quasi in alieno inventi. D. l. 7. §. 12. ff. solut. matrim.*

(2) *L. In rebus dotalibus* 30. *cod. de jure dotium* (5. 12.).

§. 530.

Superest de venditore quaestio, an dominus rei venditae ante traditionem haberi debeat, ut thesaurum in fundo vendito repertum sibi integrum retineat. Hic autem aliud expostulare videtur strictum jus, aliud suadere aequitas. Strictum jus venditori favet, qui ante traditionem adhuc fundi dominium retinet (1). Sed aequitate inspecta

potior videtur caussa emptoria; cum enim hic pericula, et damna rei sustineat, etiam nondum secuta traditione (2), aequum est, ut ejusdem emolumenta percipiat (3). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) §. *Quum autem* 3. *instit. de empt. et vendit.* (3. 24.)

(2) *D.* §. 3.

(3) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50 17.)

§. 531.

Thesauris comparari quodammodo possunt fodinae, quas idcirco privatis in locis inventas (1). Romanae leges domino fundi addicebant: eoque vendito in emptorem translatae reputabantur (2). In hoc a thesauris diversae, quod usufructuario jus sit, fodinas excolendi (3). Quod si metalla in locis communibus, vel publicis fuissent inventa, ad Principem spectabant, cui etiam decima debetur; juxta usum locorum de metallis, quae in agris privatorum sunt (4), ut infra demonstrabimus.

(1) *Jure Romano publicas a privatis fodinis distinctas fuisse ex pluribus legum fragmentis constat. De publicis loquuntur. L. Sacrilegii* 6. *ff. ad leg. Jul. peculat.* (48. 13.), *l. Si quis aliquid* 38. *ff. de poenis* (48. 19.), *l. Caesar, cum insulae* 15. *ff. de publican., et vectigalib.* (39. 4.). *De privatis mentio fit in l. Sed, si pecunia* 3. §. *ult., l.* 4., *l.* 5. *ff. de reb. eor. etc.* (27. 9.), *l. Si ex lapidicinis* 52. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *l. ult. ff. de fund. dotal.* (23. 5.), *l. Item, si fundi* 9. §. *Sed si haec metalla* 3., *l. Si cujus rei* 13. §. *Inde est quaesitum* 5. *ff. de usufruct.* (7. 1.)

(2) *L. In lege fundi* 77. *ff. de contrahend. empt.* (18. 1.), *ubi de lapidicinis agit jureconsultus.*

(3) *Sed si lapidicinas habeat (usufructuarius), et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum, Sabinus ait. L. Item, si fundi* 9. §. 2., *et* 3. *ff. de usufructu.* (7. 1.)

(4) *L. Cuncti* 3. *cod. de metallariis* (11. 6.).

§. 532.

Verum antiquis Romanorum sanctionibus non per omnia consentiunt posteriores Imperatorum leges; Fridericus enim in celebri constitutione, quam de juribus regalibus tulit, praeter vias publicas, flumina navigabilia, et ex quibus navigabilia fiunt, portus, atque alia plurima, quae ad se praecipue spectare declaravit, argentarias quoque, et salinas inter jura majestatis recensuit (1).

(1) *Lib.* 2. *feud. tit.* 56. *Quae sint regaliae.*

§. 533.

Hinc nata quaestio inter doctores de jure metallorum; alii enim reperta in locis publicis, vel fiscalibus concedunt quidem Pincipi, caetera vero ad privatos, in quorum praediis reperiuntur, pertinere contendunt, itaut libere possint eas fodere, et excolere, dummodo decimam fisco persolvant (1): atque in eo tantum casu jus sit fisco permittendi publicis metallariis (2), ut fodinas excolant, quo privati eas exercere nolint, itaut a fisco vicissim decima pendatur fundi dominis.

(1) *L.* 1, *Cuncti* 3. *cod. de metall.* (11. 6.)

(2) *De quibus meminisse videntur Imperatores in l. ult. cod. eod. tit.*

§. 534.

Neque alio abeundum putant ex Friderici nova sanctione (1), quam unice in terris Imperii vigere tradunt, vel usu nunquam receptam, aut contrario usu abrogatam contendunt, vel de metallis non intelligunt, quippe *argentariae* nomine, quo utitur Imperator, nihil aliud significari defendunt, quam mensas nummularias, non autem argenti metalla; si enim, inquiunt, de metallorum fodinis loqui voluisset, aurum, utpote caeteris pretiosius, sine dubio commemorasset.

(1) *Lib. id.* 2. *feud. tit.* 56.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 535.

Alii contra sentiunt, metalla omnia ad Principes pertinere, utpote necessaria ad gravissimos in publicam utilitatem sumptus ferendos. Atque Fridericum de metalli fodinis accipiendum omnino volunt, non quasi novum jus constituerit, sed potius ea tantum numeraverit, quae jamdudum ex recepta consuetudine inter regalia accensebantur.

§. 536.

Neque gratis haec a se proferri, demonstrare nituntur, tum ex sacris literis, in quibus narratur, Romanos, Hispania subjugatis, in potestatem suam redegisse metalla argenti, et auri, quae illic erant (1): tum etiam ex Pauli verbis, qui post relatam Ulpiani sententiam de pupillo, qui lapidicinas, cretifodinas, argentifodinas, vel quod aliud simile metallum habeat (2), haec subjungit: *quod tamen privatis licet possidere* (3); idest, ut ipsi explicant, cujus possessio privatis a Principe concessa sit.

(1) *Lib.* 1. *Machabaeorum cap.* 8. *vers.* 3.

(2) *L. Sed si, pecunia* 3. §. *ult. ff de reb. eor. etc.* (27. 9)

(3) *L.* 4. *ff. eod. tit.*

§. 537.

Sunt, qui triplex metallorum genus distinguentes, quorum alia sint pretiosa, ut aurum, et argentum; alia media, veluti aes, aurichalcum, ferrum, alumen, marmor, et his similia: caetera infima, nimirum creta, arena, lapides, prima ad Principem indistincte etiam olim spectasse affirmant: media, quae in privatorum fundis sunt, privatis concedunt, ita tamen, ut decimam fisco solvant (1): infimi vero generis fodinae juris mere privati sint, nec ullus canon fisco pendi debeat: nisi aliud ferat regionis consuetudo, aut lex municipalis. Postrema haec sententia aequior caeteris videtur, utpotequae Principis dignitati, et publicis aeque commodis, et privatis consulit.

(1) *Ex d. l. Cuncti* 3. *cod. de metallar.* (11. 6.)

§. 538.

Neque hinc multum dissentit jus Regium: eo quippe constitutum est, ut cuilibet liceat fodinas inquirere, et effodere, etiam in fundis alienis, dummodo damnum omne domino reficiat (1): prius tamen a suprema rationalium Curia petita, et obtenta effodiendi facultate, probationibus * oblatis (2): ex quo patet, jure nostro quoad metalli fodinas jus primaevum occupationis, et inventionis adhuc vigere; quamquam, ita suadente publica utilitate, praevia probationum oblatio praescribitur, qua hujusmodi originarium jus confirmetur (3); seu, ut publico bono consulatur, conditio haec praescribitur, sine qua occupationi, et inventioni locus esse nequeat.

(1) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 6. §. 1., *et* 2.

Assaggi.

(2) *Reg. Const. ibid.* §. 3., *et* 4.

(3) *Argum. l. Quamvis* 50. *ff. hoc tit. V.* §. 55.

§. 539.

Huic tamen inventionis juri exceptio traditur; nisi Princeps ipse, vel vassallus, qui de metalli fodinis investitus sit, vel fundi dominus malit propriis impendiis fodinae excavationem suscipere, et perficere; statuitur enim, ut in locis non infeudatis, vel infeudatis quidem, sed in quibus jus fodinarum in vassallum translatum non est, inventori facultas colendi tribuatur, nisi Princeps malit eam sibi adsciscere (1): quod si de fodinarum jure vassallus legitime sit investitus, petitae a Camera facultatis conscii fieri jubentur, tum vassallus, tum possessor, seu fundi dominus, ut infra mensem declarent, utrum in effossione praeferri desiderent, prout ipsis praelationis jus tribuitur (2) primum vassallo, tum eo recusante fundi domino (3): futurum alioquin, ut ab hoc jure penitus excludantur, et liceat inventori opus facere, et metalli fodinam excolere. (4).

(1) *Reg. Const. d. lib.* 6. *tit.* 6. §. 5.
(2) *Reg. Const. ibid.* §. 6.
(3) *Reg. Const. ibid.* §. 7.
(4) *Reg. Const. ibid.* §. 8.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 540.

Ne autem hujusmodi praelationis, vel inventionis jus in irritum cadat cum publicae utilitatis dispendio, jubentur tum vassalli, aut praedii domini, tum inventor, quibus jus hoc secundum expositas regulas contigerit, ut infra spatium trium mensium opus incipiant; quod si in longius tempus differant, vel a coepto opere per continuos duos menses sine legitima caussa (quae ex temporis, vel ipsius operis conditione profluat), desierint, ab eo dejiciuntur, et alteri cuicumque fas est, petita prius facultate, opus aggredi, et perficere (1); atque, ne praelationis jure, quod Principi, vassallo, vel domino fundi tribuitur, segniores caeteri fiant in metalli fodinis exquirendis, eorum indemnitati, et utilitati simul prospicitur; convenienti proposito praemio a Regio aerario, vassallis, vel fundi dominis persolvendo (2).

(1) *Reg. Const. d. l.* 6. *tit.* 6. §. 10., *et* 11.
(2) *Reg. Const. ibid.* §. 9.

§. 541.

Postremo, ut Principis supremum regale jus, vel aliorum ab eo caussam habentium salvum sit, praecipitur, ut fisci aerario, vel vassallis, qui de regali fodinario jure investiti sunt, decima auri, et argenti pars solvatur, decimaquinta aeris, et stamni, vigesima plumbi, et cujuscumque alterius metalli, quod prius purgatum fuerit (1): in exteras vero ditiones exportatio prohibetur, nisi prius facta a Principe potestate (2).

(1) *Reg. Const. d. lib.* 6. *tit.* 6. §. 12.
(2) *Reg. Const. ibid.* §. 13.

§. 542.

Haec sunt, quae de metallorum fodinis jure nostro municipali praescripta sunt, partim ex Romanis legibus, partim ex consuetudine communiter recepta: ex Romanis quidem legibus, quatenus domino fundi permittitur, ut metalli fodinas in locis infeudatis excolat, si vassallus jure praelationis uti nolit (§. 539.): quemadmodum Romano jure indistincte concedebatur (§. 531.): et quandam metalli partem fisco pendi jubent (§. 541.), prout Romani Imperatores statuerant (1). Praeterea, sicut apud Romanos duplex erat genus metallariorum, sive effossorum auri, argenti, aliorumque metallorum, necnon lapidum, quorum alii sponte hanc vitae rationem eligebant, prout omnibus concedebatur, dummodo certam fisco partem darent (2): ita et apud nos omnibus indistincte patet aditus ad metalla effodienda, quamquam praeviae requiruntur aliquae conditiones (§. 558.).

(1) *L.* 1. 2., *et* 3. *cod. de metallar.* (11. 6.) *Quod et antiquo jure jam obtinebat. L. Sed et hi* 13. *ff. de publican., et vectigalib.* (39. 4.), *l. Forma censuali* 4. §. *Salinae* 7. *ff. de censibus* (50. 15.), *l. Inter publica* 17. §. 1. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

(2) *D. l.* 1. *cod. de metallar. Ballucae nomine intelligitur aurum nuper effossum, et impurum.*

§. 543.

In caeteris vero consuetudini passim receptae, maxime post Friderici constitutionem (1), potius insistit Regia sanctio: quatenus metalla inter regalia recenset, ut ex eo pateat, quod in recognitionem supremi dominii quasdam pensitationes fisco, vel vassallis legitime investitis praecipit (§. 541.); jamdudum quippe receptum erat in hac patria regale metallorum jus: atque non tantum argenti fodinas, sed et aurarias, imo cujusvis generis fodinas, sive in publicis, sive in privatorum fundis contineantur, argentariae nomine intelligendas esse (2).

(1) *Lib. 2. feud. tit. 56. quae sint regaliae.*
(2) *V. Borel. pag 509., et seqq.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 544.

Diximus, vassallis, qui de regali metalli fodinarum jure legitime investiti sint, quandam pensitationem, seu tributum solvi debere (§. 541.). Hinc oritur duplex quaestio. 1. Quandonam legitime de hoc jure investiti reputari debeant. 2. Utrum jus hoc, quamvis legitime comparatum, vassalli contraria praescriptione, vel consuetudine amittere possint.

§. 545.

In prima quaestione generalis regula passim traditur, metallorum jus, sive in decimarum perceptione, sive proprietatis jure in ipsis metallorum fodinis a Principe exerceatur, ita supremae dignitati adhaerere, ut vix privati aliquod emolumentum inde percipere possint, nisi Principis beneficio obtinuerint: itaut neque in feudorum concessionibus jus hoc, qualecumque sit, translatum in vassallos intelligatur, nisi in investitura nominatim fuerit comprehensum: nec prosint vassallis generales formulae, quantumvis amplissimis verbis conceptae fuerint, quibus feudum sive cum integro territorio, sive cum omnibus juribus, et utilitatibus, sive etiam cum omni jure, quod Princeps in eo habeat, concessum proponatur (1): nisi antiqua regionis consuetudo aliter suadeat (2): vel contractus tempore Principi nullum aliud jus competiisset, aut emolumenti perceptio quamquod e metalli fodinis erui potest (3); etenim metallorum jura, eorumque reditus, ex quo inter regalia haberi coeperunt, non considerantur tamquam portio, vel accessio feudi (4).

(1) *In generali enim concessione non veniunt, quae specialem desiderant. L. Obligatione 6. ff. de pignorib.* (20. 1.), *l. Filiusfamilias 7. ff. de donationib.* (39. 5.); *cap. ult. extra de officio vicarii in 6. D.* (1. 13.), *feudor. lib. 2. tit. 51. V. Edict. D. Caroli ann. 1509., quod extat in collectione veterum Edictorum Camerae Sabaudiae pag 1053., quo diserte cavetur, ne aliter feudorum possessores metallorum fodinas, aut alia quaevis regalia jura sibi adserant, nisi et prout sonant, et se extendunt infeudationes. Atque consonant Reg. Const. lib. 6. tit. 6. §. 6., et 12.*

(2) *L. Semper 34. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *Semper enim verba intelligi debent, ut aliquid operentur. L. Fundus 24. ff de instructo, vel instrum. legat.* (33. 7.). *V. §* 195. *D.*

(4) *Ut colligi potest ex Friderici constitut. feud. lib. 2. tit. 56.*

§. 546.

In altera quaestione aliqui distinguunt, utrum disputetur de jure ipso praelationis quod vassallo de fodinis investito competit; an de jure decimas percipiendi, cum fodinae ab aliis exerceantur. Primum nonnisi per praescriptionem immemorabilem amitti posse sentiunt; in altero sufficere praescriptionem 40. annorum. Communius tamen, ei in foro recepta opinio est, ne in hoc postremo quidem casu sufficere praescriptionem longissimi temporis; sed requiri eam, quae hominum memoriam excedat: dummodo occasio fuerit hujus juris exigendi; alioquin enim nec per mille annos praescribitur (1).

(1) *Mascard. de probationib. concl. 424. num. 40.*

§. 547.

Haec sunt, quae ad metalli fodinas pertinent, de quibus obiter diximus, quae scitu magis necessaria sunt, et passim in foro obvia. Expendendus nunc se offert alter dominii jure gentium acquirendi modus, qui accessio nominatur.

Instit. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

SECTIO II.

De accessione.

SUMMARIA

Accessio est modus acquirendi dominii alicujus rei, quae nostrae conjungitur, tamquam principali. §. 548.

Principalis hic dicitur, non quae pretiosior est, sed quae per se subsistit. §. 549.

Accessionis triplex est species, naturalis, industrialis, vel mixtae. §. 550.

§. 548.

Accessionis nomine, prout hic a juris doctoribus accipi solet, nihil aliud significatur, quam unius rei ad alteram adjectio, cujus ope acquiritur, ex juris gentium praescripto, dominium rei, quae adjungitur alteri (1); quia veluti hujus pars consideratur.

(1) §. *Si tamen* 26. *instit. hoc tit.*

§. 549.

Principalis ergo res ad se trahit illam, quae accedit. Principalis autem non dicitur, quae pretiosior est, sed quae per se subsistit: et accessionis vice fungitur ea, quae stare nequit sine altera, saltem in eodem statu. Hinc purpura aliena, quam vestimento suo quis intexuerit, licet veste pretiosior sit, accessionis tamen vi, ait Justinianus, cedit vestimento.

(1) *D.* §. 26. *inst. hoc. tit.*

§. 35o.

Tres vulgo ab interpretibus secernuntur accessionis species, quarum prima naturalis dicitur, altera industrialis, postrema mixta. Naturalis ea est, quae solius naturae opera contingit, ut in foetibus animalium. Industrialis nominatur, quae ab hominum industria potissimum pendet. Ad mixtam naturae opera, atque hominis industria simul desiderantur. De hoc triplici accessionis genere seorsim, clarioris doctrinae caussa, pertractabimus.

ARTICULUS I.

De accessione naturali.

SUMMARIA.

Exponuntur, quae pertinent ad accessionem naturalem §. 551.

Foetus animalium jure accessionis naturalis acquiruntur, ut et partus ancillarum, qui tamen in fructu non sunt. §. 552.

Alluvio est incrementum latens, per quod terrae pars paullatim e praedio alieno detrahitur, et nostro adjicitur. §. 553.

Alluvionis jus tantum locum habet in praediis illimitatis, non in limitatis Quae praedia limitata, vel illimitata penes Romanos dicerentur? §. 554.

Alluvio vi fluminis fit; non per lacus, aut stagna, quae augentur quidem, et minuuntur, sed in pristinum locum reverti solent. §. 555.

Via publica intermedia non impedit alluvionem. § 556.

Incrementum per alluvionem contingens ejusdem naturae est, atque iisdem legibus subjicitur ac fundus, qui per alluvionem augetur. Consectaria hujus assertionis. §. 557.

Proponitur quaestio de alluvionis incremento in ea specie, qua Titius fundum

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. § 1. tt. 1.

vendiderit Sempronio cum pacto retrovenditionis, et interim fundus alluvione auctus fuerit. §. 558.

Emptor tenetur retrovendere partem, seu incrementum alluvionis. §. 559.

An emptor teneatur fundum, qui per alluvionem incrementum nactus est, eodem pretio retrovendere, tres sunt diversae sententiae. §. 560.

Juri magis consona opinio est, quae emptori favet, ut majoris pretii solutionem juste petat. §. 561.

Pactum retrovenditionis non impedit, quominus venditio perfecta, et absoluta sit, sed tantum efficit, ut a venditore revocari possit. §. 562.

Æquitas etiam, quae suadet, ut ibi sit commodum, ubi est incommodum, pro emptore facit. §. 563.

Explicatur responsum Ulpiani, qui speciem pertractans de eo, qui praedium nonaginta jugeribus constans vendiderat, asserens tamen in eo centum jugera esse, fundo per alluvionem decem jugeribus aucto, censet venditorem scientem teneri actione ex empto, ut haec decem jugera praestet. §. 564.

Distingui in hac quaestione non debet, utrum venditio ad corpus, an ad mensuram facta fuerit. §. 565.

Ab alluvione differt avulsio, per quam vi fluminis magna terrae pars semel a praedio detrahitur, et alteri adjicitur. Pars haec prioris domini manet, donec coaluerit, vel arbores radices egerint. §. 566., *et* 567.

Insula in mari nata primi occupantis est, secundum jus Romanum; idem jus est de insula, quae ex vepribus, vel simili levi materia constet, et innatet. §. 568., *et* 569.

Cujus sit insula in flumine nata, quae solo cohaeret? §. 570., *et* 571.

Expenditur Labeonis fragmentum, qui docere videtur, insulam in flumine natam publicam esse, aeque ac aedificia ad muniendas ripas constructa. §. 572.

An textus hic possit emendari? §. 573.

Insula in flumine nata iisdem legibus regitur, ac aedificia in flumine posita. §. 574.

Insula in flumine nata primi occupantis est, cum agri prope ripam sunt limitati. §. 575.

Insula in flumine nata quoad usum publica est, non proprietate. §. 576., *et* 577.

Alveus a flumine derelictus eorum est, qui ex utraque parte ripae praedia possident non limitata, pro latitudine praedii prope ripam, atque novus fluminis alveus publicus sit. §. 578., *et* 579.

Via publica intermedia consideratur tamquam pars confinium praediorum. § 580.

Si flumen postquam priorem alveum dereliquit, ad eum revertatur, stricto jure posterior alveus publicus fit, nec domino restituitur. §. 581.

Naturali aequitate ispecta posterior alveus, a flumine brevi tempore occupatus, deinde derelictus priori domino restitui debet. §. 582., *et* 583.

Alveus a flumine per saltum, vel impetu aquarum derelictus, non fit statim eorum, qui prope ripas praedia possident. An hinc immutentur confines universitatum, quae ex naturali fluminis cursu pendent? §. 584.

Si flumen paullatim novum alveum derelinquat, quamdiu tenuerit, publicus remanet alveus. §. 585.

Alvei mutatione sensim facta, non amittitur jus piscationis, quod in certo, et determinato loco fluminis competit. §. 586.

Nec inundatio, nec circumluvio dominii naturam mutant. §. 587.

Quo sensu intelligi debeat Pomponius ajens, praedii inundati usufructum, et proprietatem amitti? §. 588.

Transitio ad accessionem industrialem. §. 589.

§. 551.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Quatuor sunt, quae ad naturalem accessionem pertinent: videlicet. 1. Foetus animalium. 2. Alluvio. 3. Insula in flumine nata. 4. Alvei mutatio.

§. 552.

1. Quidquid ex animalibus dominio nostro subjectis nascitur, nostrum fit jure gentium (1); cum enim partus, antequam odatur, viscerum portio reputetur (2), adeoque in dominio nostro sit, ita eidem juri natus subjici debet. Cum autem Romani servos, et ancillas haberent, quarum domini eodem jure fingebantur, ac cujuscumque alterius rei, filii ancillarum ejusdem dominio suberant, quo ipsaemet ancillae: quamquam discrimen hoc, aequitate suadente, agnoscebant Romani inter foetus animalium, et partus ancillarum, quod illi cederent usufructuario, non isti; absurdum quippe, ait Imperator, visum fuit, hominem in fructu esse, cum hominis gratia fructus omnes rerum natura comparaverit (3).

(1) §. *Item ea* 19. *instit hoc tit.*

(2) *L.* 1. § 1. *in medio ff. de inspiciend. ventre* (25. 4.).

(3) §. *In pecudum fructu* 37. *instit. hoc tit.*

§. 553.

Altera naturalis accessionis species alluvio nominatur: est autem alluvio incrementum latens, quod vi fluminis paullatim ab agro detrahitur, et alteri adjicitur, ut intelligi non possit, quantum, et quo temporis momento hinc detractum, inde adjectum sit (1): videlicet aequius visum fuit, in hac rerum ambiguitate fundi domino incrementum adserere, cui pars adjecta est (2).

(1) §. *Praeterea* 20. *inst. hoc tit.*, *l. Adeo quidem* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D.* §. 20. *inst. hoc tit.*, *d. l.* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 554.

Sed hoc accessionis jus apud Romanos dumtaxat obtinebat in agris illimitatis, non autem in limitatis; istorum enim augmentum ad rempublicam pertinebat, non ad dominum agri (1). Agri limitati erant illi, qui ab hostibus capti privatis, potissimum veteranis militibus, concedebantur, ita tamen ut praefinitos initio limites excedere favore privatorum non possent (2): caeteri illimitati dicebantur. Hodiernis moribus, cum nulli amplius sint agri limitati, juri alluvionis nulla admittitur exceptio (3): saltem in eo, quod pertinet ad bona privatorum; quod enim spectat ad jus territorii, seu ad jurisdictionem, vulgo traditur, hanc per alluvionem non augeri (4).

(1) *In agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat. L. In agris* 16. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 16. *ff. hoc tit.*

(3) *Ita passim interpretes diversarum gentium.*

(4) *Quia a dominio proprietatis ad dominium jurisdictionis non possit legitime inferri.*

§. 555.

Justinianus tantum commemorat incrementum, quod vi fluminis factum fuerit; nam alluvio in lacubus, et stagnis locum non habet: quippe flumina propter naturalem cursum facile ripas, et terminos mutant; contra lacus, et stagna, licet interdum exarescant, suos tamen terminos retinent (1).

(1) *Lacus, et stagna, licet interdum crescant, interdum exarescant, suos tamen terminos retinent; ideoque in his alluvionis jus non adgnoscitur. L. Lacus* 12. *ff. hoc tit.*

§. 556.

Caeterum non desinit alluvio vires suas exerere, quamvis via publica intermedia forte

Inst. l. 2 tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

reperiatur (1): neque enim haec efficere potest, ut agri limitati videantur; tum quia praedii pars eadem reputatur (2); tum quia, cum ex vicinis praediis sublata vis redintegrari debeat, aequum est, ut commodo utatur, qui incommodum sentit (3).

(1) *L. Attius fundum* 38. *ff. hoc tit.*
(2) *Dicta l.* 38. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de R J.* (50. 17.)

§ 557.

Tanta vis est alluvionis, ut incrementum ejusdem indolis existimetur, atque iisdem legibus subjiciatur, quibus regitur ipse fundus (1). Quare pactum super praedio initum etiam ad alluvionem extenditur (2): qui fundum possidet, incrementum quoque alluvionis possidere intelligitur (3): si fundus pignori datus sit, creditori securitas etiam acquiritur super incremento alluvionis (4); ejus quoque ususfructus ad fructuarium pertinet (5). Demum dotale aestimatur, quod per alluvionem dotali fundo accessit (6).

(1) *Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei, cui accedit. L. Si ego* 11. §. *Quod tamen* 7. *ff. de public. in rem act.* (6. 2.), *Thes. dec.* 140. *num.* 3.
(2) *Thes. ibid. num.* 2.
(3) *D. l.* 11. §. 7. *ff. de public. in rem act.*
(4) *L. Si convenerit* 18. §. 1. *ff. de pignerat. action.* (13. 7.), *l. Si fundus* 16. *ff. de pignorib.* (20. 1.)
(5) *L. Item, si fundi* 9. §. *Huic vicinus* 4. *ff. de usufructu.* (7. 1.)
(6) *L. Si proprietati* 4. *ff. de jur. dot.* (23. 3.)

§. 558.

Quaeri hac occasione potest, quid juris sit de alluvionis incremento in ea specie, qua Titius, pacto retrovenditionis adjecto, vendiderit Sempronio fundum, qui intra redemptionis tempora alluvione auctus fuerit. Ad quem pertinere debet hujusmodi incrementum, ad emptoremne, an ad venditorem, qui fundum postea redimat? Duplex est hujus quaestionis status; vel enim quaeritur, utrum partem hanc retrovendere teneatur emptor in vim pacti, pretio tamen incrementi accepto: vel quaeritur, an eodem, quo emit, pretio, fundum postea, dum ejusdem dominio frueretur, auctum, venditione retrocedere teneatur.

§. 559.

Consentiunt omnes, emptorem in vim pacti cogi a venditore posse, ut et alluvionis partem, seu incrementum retrovendat; cum enim incrementum hoc pars ipsius fundi sit, iisdem legibus regi debet (§. 557.): adeoque pactum, quod totum fundum complectitur, hujusmodi etiam incrementum continet, sine quo totus fundus retrovenditus dici non posset.

§. 560.

Sed non convenit inter juris interpretes, utrum eodem pretio fundum alluvione amplificatum retrovendere emptor teneatur, an potius ejusdem incrementi pretium jure postulet emptor. Atque tres in hac quaestione sententiae sunt. Quidam indistincte favent venditori: alii distinguunt, utrum venditus fuerit fundus, nulla adjecta mensura, nec facta jugerum designatione, an jugerum quantitas fuerit determinata: itaut in prima specie augmentum venditoris sit, qui fundum redimit; in postrema emptoris, qui idcirco pretium incrementi repetere possit. Alii demum pro emptore indistincte respondent, ut majoris pretii solutionem a venditore juste desideret.

§. 561.

Quamquam suis fundamentis innititur unaquaeque ex his opinionibus, juri tamen, atque aequitati magis consentanea videtur postrema, quae emptori favet: juri quidem: cum disertissime statuatur, id quod post emptionem fundo per alluvionem accessit, vel periit, ad emptoris commodum, et incommodum pertinere (1), qui ejusdem dominus factus est.

(1) *Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem, vel periit, ad emptoris commodum, incommodumque pertinet; nam etsi totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum ejus esse debet. L. Id, quod 7. ff. de peric., et com. rei vendit.* (18. 6.) *V. et l. 1. eod. cod. tit.* (4. 48.), *§. Quum autem 5. instit. de empt., et vendit.* (3. 24.) Inst. l. 2. tit. 1. § l. 41. tit. 1.

§. 562.

Nec nocet pactum retrovenditionis contractui appositum; illud enim non impedit, quominus perfecta venditio, et emptio sit; cum hic contractus, ut omnibus notum est, perfectus reputetur statim, ac de re, et pretio conventum est, nec ulla adjecta est conditio (1): quo fit, ut periculum, adeoque et commodum ad emptorem pertineat (2). Atque emptionem, non obstante ejusmodi pacto, nihil ad sui complementum, seu perfectionem desiderare, ex eo apertissime constat, quod transacto redimendi tempore venditio retractari amplius nequit, nec venditor redimere cogitur. Perfecta ergo venditio est, quamquam pro arbitrio venditoris intra statutum tempus revocari potest.

(1) *L. Necessario 8. ff. de peric., et com. rei vendit.* (18. 6.)

(2) *D. l. 7., et 8. ff. de peric. etc.*

§. 563.

Æquitati etiam magis congruit sententia haec: illa enim postulat, ut commodum habeat, qui incommodum pati tenetur (1). Sane, si fundus alluvionis vi admodum decrevisset, vel periisset, venditor redemptionis jure uti nollet, nec ad hoc cogi posset. Ergo adauctum fundum venditor juxta placiti fidem habere quidem debet, soluto tamen incrementi pretio emptori, qui in alia specie damnum pati teneretur (2).

(1) *Secundum naturam 10. ff. de reg. juris.* (50. 17.)

(2) *Cum pro pecunia, quam mutuo acceperas, secundum placitum Evandro te fundum dedisse profitearis: ejus industriam, vel eventum meliorem tibi, non ipsi prodesse: contrarium non postulaturus, si minoris distraxisset, non juste petis. L. penult. cod. de solut.* (8. 43.) *Quae quidem lex de specie hac non agit, sed ad eam, suadente eadem aequitatis ratione, potest non injuria accommodari.*

§. 564.

Qui venditoris caussam tuentur, atque contendunt, eum ad incrementi, quod vi alluvionis contigit, solutionem non teneri, nituntur Ulpiano, speciem expendente de eo, qui praedium nonaginta jugeribus constans vendiderat, asserens tamen in eo centum jugera esse; fundo per alluvionem decem jugeribus aucto quaerit jureconsultus, utrum venditor ex empto actione teneatur, ut haec decem jugera praestet: Ulpianus autem Neratii sententiam amplectens distinguit, utrum venditor sciens, et dolo fecerit, an ignorans, ut sciens teneatur actione ex empto, ignorans non teneatur (1). Sed parum apte responsum hoc accommodatur quaestioni, quam pertractamus; Ulpianus enim agit de venditione non omnino perfecta, quppequae sub modo facta fuerat, seu sub conditione, qua pendente, cum dominium fundi in emptorem adhuc translatum non fuisset, nec commodo uti, nec periculum ferre debebat (2).

(1) *L. Julianus 13. §. Si Titius 14. ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(2) *D. l. Necessario 8. ff. de peric., et commod. rei vendit.* (18. 6.)

§. 565.

Demum, qui distinguunt, utrum venditio ad corpus, ut loquuntur, an ad mensuram facta fuerit, modo allatum Ulpiani textum (1) proferunt; sed in eo ne vestigium quidem hujus distinctionis apparet. Gratis ergo fingitur. Distinguit equidem jureconsultus inter venditorem scientem, et ignorantem, ut prior centum jugera praestare teneatur; quia per incrementum alluvionis factum est, ut possit, et propter dolum cogi debet: non posterior, quem bona fides excusat; nec sinit, ut amplius post hoc incrementum praestare teneatur, quam ferat initio suscepta obligatio.

(1) *In d. l. 13. §. 14. ff. de actionib. empti* (19. 1.).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 566.

Ab alluvione longe distat avulsio, ut loquuntur, quae tunc contingit, cum vi fluminis magna terrae pars ab uno praedio detrahitur, et alteri adjicitur; avulsio enim dominii jus non mutat (1): atque avulsa terrae pars tamdiu prioris domini manet, quamdiu alterius praedio non coaluerit, ut ab eo amplius non distinguatur, vel arbores radices egerint (2).

(3) *L. Adeo 7. §. Quod si vis 2. ff. hoc tit.*

(2) *§. Quod si vis fluminis 21. instit. hoc tit., d. l. 7. §. 2. ff. hoc tit.*

§. 567

Sed, postquam coaluit, ita fit ejus, cujus praedio adhaeret, ut priori domino nec pretii repetitionem competere plures sentiant (1); quippe omne jus ex nimia dilatione a se abjecisse videtur: quemadmodum voluntate sua alienasse reputatur, qui patitur, ut alter rem suam longa possessione usucapiat (2).

(1) *Ex. l. Hoc amplius 9. § Alfenus 2. ff. de damno infecto* (39. 2.). *Ideoque Ulpianum ajentem in l. Idem Pomponius 5. §. De arbore 3. ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *utilem dandam esse actionem domino arboris, quae in alienum solum translata coaluit, et radices immisit, interpretantur de arbore vi quidem fluminis translata, sed quae a fundi domino plantata fuerit, atque inde radices egerit. In hac specie directa actio priori domino dari non debet, qua arborem petat, sed utilis, ad pretium consequendum: ut ita utriusque indemnitati consulatur.*

(2) *Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. L. Alienationis 28. ff. de verbor significat* (50. 16.)

§. 568.

Ad naturalem accessionem tertio loco refertur insula, non quidem in mari, sed in flumine nata, prout mox explicabimus. Itaque insula in mari nata jure Romano ejusdem juris esse statuitur, ac ipsum mare, quod nullius est, adeoque et insula primi occupantis fieri debet (1). Verum hodiernis moribus ad Principes potius pertinere judicatur, quemadmodum de mari diximus (§. 37.), cujus leges sequi debet (2).

(1) *§. Insula 22. instit. hoc tit., l. Adeo quidem 7. § Insula 3 ff. hoc tit.*

(2) *Atque ita sentiunt Voet in Pandect. hoc tit. num. 17. in fine. Vinnius comment. in instit. hoc tit. ad §. 22. num. 7.*

§. 569.

Quod pertinet ad insulas in flumine natas, in primis distingui debent, quae vepribus, vel alia levi materia compactae in aqua natant, ab illis, quae solo inhaerent, nec loco moventur. Priores accessionis jus, ut per se patet, non recipiunt, adeoque primi occupantis fiunt (1).

(1) *L. Si epistolam 65. §. Si qua insula 2. ff. hoc tit.*

§. 570.

In posterioris generis insulis rursus inspiciendum est, utrum prope agros limitatos, an illimitatos natae fuerint. Quae agris limitatis adhaerent, nullius sunt, adeoque fiunt primi occupantis (1): quae autem agros illimitatos circumstant, vel propiores sunt uni ripae, quam alteri, vel medium fluminis alveum tenent; priores accessionis jure pertinent ad dominum agri ripae proximioris (2): aliae dividuntur inter eos, qui ex utraque fluminis parte praedia possident, pro modo latitudinis cujusque agri prope ripam (3).

(1) *L. 1. §. insula 6. ff. de fluminib.* (43. 12.)

(2) *D. l. 1. §. 6.*

(3) *§. Quod si naturali 23. inst. hoc tit.*

§. 571.

Quaeri hic potest, quid juris sit in ea specie, qua insula initio nata fuerit prope agrum alicujus, deinde paulatim se extenderit contra frontem agri alterius. Jure alluvionis

ad prioris agri dominum integra spectare debet (1); eadem enim accessionis vi, qua insulam primo consecutus est, ejus quoque incrementum acquirere debet.

(1) *D. l. 1. §. 6. ff. de fluminibus.*

§. 572.

Sententiae supra propositae (§. 570.) contrarius videtur Labeo, ajens, insulam in flumine natam publicam esse, quemadmodum aedificia in flumine posita ad ripas muniendas (1). Ut se ab hac difficultate extricent juris interpretes, atque Labeonem cum caeteris jureconsultis ad consensum adducant, diversas proferunt interpretationes.

(1) *Si id, quod in publico innatum, aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. L. penul. §. ult. ff. hoc tit.*

§ 573.

In primis sunt, qui particulam negativam adjiciunt initio textus, et legunt: *non si id*, ut sensus sit, insulam in flumine natam publicam non esse, quamvis publicum sit aedificium. Nec temere, inquiunt, particula haec additur; tum quia in pluribus exemplaribus reperitur; tum quia idem jureconsultus in eadem lege semel, et iterum docet, insulam in flumine natam privati juris esse (1).

(1) *Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. D. l. penult. §. 1. Si qua insula in flumine publico, proxima tuo fundo nata est, ea tua est. Ibid. §. 2.*

§. 574.

Respondent alii, Labeonem non definire, publica ne, an privata sit insula in flumine nata, sed tantum eodem jure censeri, ac aedificia in eodem extructa.

§. 575.

Aliis placet, Labeonis sententiam iis casibus accommodare, quibus agri prope flumen sint limitati, quemadmodum plures erant Romae secus Tiberim: quo casu non dubium, quin insula publici juris sit (§. 570.).

§. 576.

Tandem jureconsulti sententiam quidem explicant, non de insulae proprietate, sed de ejusdem usu, quem publicum existimant riparum exemplo, itaut ad insulas cuique liceat naves appellere, funes arboribus ibi natis religare; ut de ripis traditur (1).

(1) §. *Riparum 4. instit. hoc tit.*

§. 577.

Haec sunt, quae a diversis auctoribus proferuntur: perpendat unusquisque, atque seligat, quod vero magis consentaneum videatur. Nobis ad alia properantibus non vacat fusius hic immorari: potissimum quia plurima legum fragmenta suppetunt, quibus apertissime prior sententia continetur.

§. 578.

4. Eadem ratio, quae Romanos jurisprudentes movit, ut insulam in flumine natam ad eos pertinere decernerent, qui prope illud agros possident, efficere quoque debuit, ut idem jus praestituerent de alveo, qui a flumine derelictus sit; insula enim alvei pars est, quam flumen alluere desiit. Quare in alveo a flumine derelicto eadem omnino regula servari debet, quam de insula in flumine nata, et solo inhaerenti exposuimus, in eo quod pertinet ad agros limitatos, et illimitatos (1) In caeteris ob rerum diversitatem diversae quoque leges obtinent, prout explicaturi sumus.

(1) §. *Quod si naturali 23. instit. hoc tit., l. Ergo si insula 30. §. 1. ff. eod. tit., l. 1. §. Sed etsi 18. ff. de fluminib.* (43. 12.)

§. 579.

Si ergo flumen naturalem cursum immutet, alveus derelictus eorum fit, qui prope illum praedia illimitata possident ex utraque parte ripae, pro latitudine eujusque praedii:

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

hanc vero latitudinem prope ripam dimetimur, non alibi: atque novus alveus fluminis publicus fit (1): videlicet ejusdem juris, cujus est flumen.

(1) *D.* §. 23. *instit. hoc tit.*, *d. l.* 30. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 580.

Neque interest, quamvis inter flumen, et agros publica intermedia via sit; haec enim tamquam pars confinium praediorum consideratur, non secus ac fluminis alveus: quemadmodum obtinet de insula in flumine nata (1).

(1) *L. Attius fundum* 38. *ff. hoc tit.*

§. 581.

Si flumen ad priorem alveum, quem dereliquit, revertatur, Justinianus, et Gajus tradunt, posteriorem alveum antiquo domino restituendum non esse, sed accessionis jure ad eos pertinere, qui prope illum praedia possident (1): vix tamen est, subdit, jureconsultus, ut id obtineat (2); quia ita quidem expostulare videtur strictum jus, aliud tamen aequitas suadere.

(1) *D.* §. 23. *in fin. instit. hoc tit.*, *l. Adeo quidem* 7. §. *Quod si toto* 5. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 7. §. 5.

§. 582.

Quare, ut aequitas naturalis juris rigori consentiat, distingui debet, utrum flumen, postquam veterem alveum dereliquit, et novum sibi quaesivit, posteriore dimisso, ad priorem, brevi interjecto temporis spatio, reversum fuerit, an longum post tempus.

§. 583.

Cum flumen priorem alveum, quem deseruerat, impetu, et modico interjecto spatio temporis rursus ingreditur, aequitas suadet, ait Pomponius, ut novus alveus priori domino restituatur; haec enim alvei mutatio inundationi potius comparari debet (1), quae fundi speciem non immutat (2).

(1) *L. Ergo si insula* 30. §. *Alluvio* 3. *ff. hoc tit.*
(2) §. *Alia sane* 24. *instit. hoc tit.*

§. 584.

Hinc sequi videtur, alveum a flumine per saltum, vel aquarum impetu derelictum, non statim fieri eorum, qui prope ripas praedia possident: adeoque nec confinia universitatum immutari, si forte ex fluminis naturali cursu dimetienda sint (1) Quare prudenti judicis arbitrio opus erit, si confines universitatum per hujusmodi fluminis variationes, et inundationes confusi fuerint (2), non solum, ut aestimet, quod utriusque ante confusionem erat, sed ut terminos unicuique constituat, re mature perpensa (3).

(1) *Argum. l. Rutilia Polla* 69. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)
(2) *Argum.* §. *Si duorum* 27. *instit. hoc tit.*
(3) *L. Si irruptione* 8., *l. In finalibus* 11. *ff. fin. regund.* (10. 1.)

§. 585.

Si autem flumen paullatim novum alvum deserat, et priorem recipiat, alluvionis jure alveus ita derelictus ad eos pertinere debet, qui prope illum praedia possident (1); in hac enim specie aequitas priori domino non favet, quemadmodum in altera; atque publice interest, ut lites, et dissidia e medio tollantur, leges de alluvione latas vim suam sortiri, quamvis forte damnum alteri inferatur, quod in aliis casibus compensationem habere potest; quippe flumina, ut scite animadvertit Pomponius, censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum (2).

(1) *D. l. Attius fundum* 38. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Ergo si insula* 30. §. 1. *in fin ff. hoc tit.*

§. 586.

Quaeri hac occasione non inepte potest, utrum alvei mutatione, quae non per saltum, sed paullatim fit, amittatur jus piscationis, quod in certo, et determinato fluminis

loco competit. Hinc quidem amitti videtur propter jus alluvionis (§. 557.). Inde vero, et rectius dicitur non amitti (1), ut fert communis sententia; quia mutatio haec, utpote sensim facta, non immutat rerum statum: nec apta est consequenter prioris domini jus intervertere. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Haec enim quaestio non ex jure alluvionis, sed et ex jure, quod obtinet in alvei mutatione, dijudicari debet: alvei autem mutatio sensim contingens dominium non mutat; quia etsi alvei mutatio vere contigerit, non tamen contigisse judicatur, quia non apparuit.*

§. 587.

Ex dictis satis colligitur, alvei mutationem, quae subito fluminis impetu, et insolita aquarum exundatione contingit, qua fit, ut alicujus agri inundentur, juris mutationem non inducere, quia proprie agri forma, ut ait Justinianus, inde non immutatur (1): nec quod repente fit, et brevi desinit, attendi debet. Atque haec potiori ratione obtineat, si flumen alterius fundum circumluat (2).

(1) §. *Alia sane* 24. *instit. hoc tit.*

(2) *D. l. Ergo si insula* 30. §. *Tribus modis* 2. *ff. hoc tit.*

§. 588.

Neque huic sententiae adversatur Pomponius, cum ait, agri proprietatem, et usumfructum fluminis, vel maris inundatione amitti: restitui tamen utrumque, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit (1); explicari enim potest jureconsultus de inundatione, qua flumen veterem alveum deseruerit, et novum in agro sibi quaesierit: quo sane casu amittitur proprietas, et ususfructus fundi, qui alveus factus est; tum, et forte aptius, de proprietatis, et ususfructus effectibus, qui certe per agri inundationem interea cessant. Sane parum refert, utrum inundatione fluminis proprietatem, et usumfructum fundi amitti dicamus, et recipi, cum aqua discesserit, quemadmodum in allato textu loquitur jureconsultus, an utrumque sine effectu retineri.

(1) *L. Si ager* 23. *ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* (7. 4.)

§. 589.

Haec sunt, quae ad naturalem accessionem pertinent, quaeque secundum leges Romanas, atque hodierni fori usum explicavimus; nunc de industriali accessione, diversis ejus speciebus, et jure agendum est.

ARTICULUS II.

De accessione industriali.

SUMMARIA.

Ad accessionem industrialem pertinent specificatio, adjunctio, et confusio. §. 590.
Specificatio est novae speciei ex aliena materia confectio. Veteres dissidebant, utrum nova species facienti cedere deberet, an domino materiae. §. 591.
Quidam mediam sententiam amplectebantur: itaut nova species facienti cederet, cum res ad pristinam rudem materiam reverti non posset: domino autem materiae, quae in pristinum statum redigi posset. §. 592.
Distinguentium sententiam amplexus est Justinianus. §. 593.
Specificatio tum ad occupationem, tum ad accessionem referri potest. §. 594.
Ergo nova species pertinet ad dominum materiae, cum haec in pristinum statum revocari potest; si tamen nova species ex aliena materia integre facta sit. § 595.
Quod si nova species partim ex propria, partim ex aliena materia facta fuerit,

Inst. l. 2 tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

probabilius etiam obtinet distinctio inter casum, quo reduci possit ad priorem rudem materiam, vel non possit. §. 596., et 597.

Cum materia ad nihilum redacta dici nequit, secundum jureconsultorum sententiam, tamquam potentior, trahit ad se formam. §. 598.

Cum nova species ad pristinam rudem materiam redire nequit, materiae dominus actionem habet, quae ejus pretium consequatur. Quod si redire possit, competit specificanti exceptio ad obtinendos sumptus bona fide factos. §. 599.

Frumentum e spicis excussum novam speciem non induit. §. 600.

Adjunctio duplici modo fieri potest; vel enim res alteri adjungitur, ut eam exornet, vel ut ei innitatur. In utroque casu accessorium ad eum pertinet, qui rei principalis dominus est. §. 601.

Proponuntur aliquae distinctiones in hoc argumento adhibendae. §. 602.

Cum dominus vestis alienam purpuram intexuit bona fide, purpura, quamdiu vesti juncta est, peti nequit, si dominus vestis grave damnum hinc passurus sit: secus, cum mala fide adjunctio secuta fuit. §. 603.

Purpura bona fide intexta vesti alienae, vel ejus pretium jure petitur. Quid si mala fide? §. 604.

Quae de veste, et purpura dicta sunt, caeteris similibus speciebus fere conveniunt. §. 605.

Quoad aedificationem distingui debet, an quis aedificaverit in suo solo ex aliena materia, an viceversa: tum utrum bona, an mala fide aedificium factum sit. §. 606.

Si quis in suo solo aedificet ex aliena materia, materiae dominus fit, quamdiu solo cohaeret: quod si aedificium destruatur, materiae dominus eam repetere potest. §. 607., et 608.

Materiae dominus actionem habet adversus aedificantem, ut duplum consequatur, sive aedificatio bona fide secuta sit, sive mala. Quid si dirutum sit aedificium? §. 609.

Actio ad duplum consequendum hodie amplius non viget: sed dominus materiae simplum indistincte consequitur: et praeterea id, quod interest, si aedificatio mala fide facta sit. §. 610.

Cum quis ex sua materia in alieno solo aedificat, aedificium solo cedit, nec materiae dominus eam petere potest. §. 611.

Ei, qui in solo alieno ex propria materia mala fide aedificat, necessarii, et utiles sumptus restitui debent. §. 612.

Pretium quoque materiae repetere potest, si donandi animus non intercesserit. §. 613, et 614.

Qui bona fide aedificavit, et in possessione est, exceptionis ope pretium materiae consequitur, et caeteros sumptus. §. 615.

Si autem alter aedificium possideat, secundum Romanas leges actionem non habet, qua pretium, et expensas repetat. §. 616., et 617.

Usu fori actio competit aedificanti in alieno fundo, ut pretium materiae, et impensas recipiat. §. 618.

Ædificanti in alieno solo tantum debentur impensae, quatenus fundus pretiosior factus est: nec amplius peti potest, quam impensum fuit. § 619.

Si dominus fundi nequeat sumptus reficere, qui aedificavit ea tantum detrahere potest, sine quibus fundus deterior non fit, et quae ipsi utilitatem sunt allatura. § 620.

Fructus ex fundo percepti cum impensis compensantur. § 621.

Arbor aeque ac aedificium solo cedit, dummodo radices egerit, vel saltem coaluerit. §. 622.

Arbor in meo fundo plantata, quae in fundo vicini radices egit, vicini est: nec evulsa ad priorem dominum pertinet. §. 623.

Arbor, quae partim in meo fundo, partim in fundo vicini radices habet, utrique communis est. §. 624. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Soli dominus restituere debet pretium arboris alienae, quam in suo fundo plantavit. §. 625.

Si dominus arboris eam in alieno solo plantet, quamvis mala fide, pretium tamen ejus consequi debet, quatenus alter ditior factus est. §. 626.

Satum aeque ac arbor solo cedit. §. 627.

An scriptura ejus sit, cujus est charta? §. 628.

Pictura tabulae non cedit, sed tabula picturae. §. 629.

Demum ad accessionem industrialem referuntur confusio, vel commixtio. Confusio est corporum liquidorom, vel liquefactorum; commiscentur vero corpora solida. §. 630.

Confusio ad accessionem pertinet; quatenus, cum duae res simul confunduntur, una alteram trahit: quod non evenit in commixtione. §. 631.

Proponuntnr plures distinctiones servandae, cum de vi confusionis quaeritur. §. 632., *et* 633.

Si confusio utriusque domini voluntate facta sit, corpus commune est, habita tamen ratione materiae. §. 634., *et* 635.

Cum confusio fit utriusque domini voluntate, communionem parit voluntas dominorum, non vis accessionis. §. 636.

Si confusio fiat casu, materiae separari debent, si possint; alioquin corpus commune fit. §. 637., *et* 638.

Quid si confusio alterius ex domini, vel extranei opera facta sit? §. 639.

Si ex confusione factum sit corpus, quod nullius usus sit, ille, cujus opera factum est, alterum indemnem servare tenetur. §. 640.

Per commixtionem, utriusque domini consensu secutam, totum corpus commune fit pro rata quantitatis: alioquin quisque ex dominis partem suam retinet §. 641., *et* 642.

Pecunia alterius in solutum data creditoris fit, statim ac commixta est nummis suis §. 643.

Transitio. §. 644.

§. 590.

Tria sunt, quae ad indusrialem accessionem pertinent. 1. Novae speciei compositio, quam interpretes unico vocabulo specificationem appellant: 2. Adjunctio: 3. Confusio.

§. 591.

Specificatio definiri solet, novae speciei ex aliena materia confectio. Dissidebant in hac re veteres jureconsulti: Proculejani putabant, novam speciem facientis esse; cum enim materiam extinctam crederent ex novae speciei cooformatione, inferebant, novam speciem occupationis jure ad facientem spectare debere (1). Contra Sabiuiani novam speciem materiae domino tribuebant; quia sine materia nova species fieri non potuisset (2): ac proinde forma ad materiam accederet.

(1): *L. Adeo quidem* 7. §. *Cum quis* 7. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 7. §. 7. *ff. hoc tit.*

§. 592.

Quidam distinguebant, mediam Proculejanos inter, et Sabinianos sententiam amplectentes, utrum nova species ad priorem rudem materiam reduci posset, necne. Priore casu Sabinianis adhaerebant, ut nova species materiae domino cederet: in altero Proculejanorum partes tuebantur, novae speciei dominium facienti addicentes (1).

(1) *D. l.* 7. §. 7. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 593.

Distinguentium sententiam amplexus est Justinianus (1): nec immerito; cum enim in pristinam rudem materiam iterum converti potest nova species, nulla est ratio, cur extincta dicatur materia, sed tantum ejus forma immutata est (2). Ergo forma sequi debet conditionem materiae, tamquam hujus potentia, ut loquitur Paulus, forma vincatur (3). Quod si nova species in priorem rudem materiam restitui neqneat, materia veluti extincta consideratur, adeoque nova species occupationis jure facienti cedere debet.

(1) *§. Quum ex aliena 25. inst. hoc tit.*

(2) *L. In omnibus 24. ff. hoc tit., ex qua detrahi debet particula negativa, ut integer legis contextus demonstrat.*

(3) *L. Quaesitum est 78. §. Illud fortasse 4. ff. de legat.* 3. (32. 1.)

§. 594.

Quae attulimus argumenta, quibus Justiniani sententia innititur, supponunt, specificationem occupationis jure regi. Si autem ad accessionem referatur, prout a quibusdam jureconsultis relata fuisse videtur, dicendum est, accessionis vi dominium rei, quae alteri adjungitur, comparari, alterius, quae principalis vices tenet, potestate: atque principalis vim deberi materiae, cum nova species ad eam reduci potest: formam autem principem locum tenere, cum nova species ad priorem rudem materiam reverti nequit.

§. 595.

Consentiunt omnes, novam speciem, quae in totum ex aliena materia facta sit, quaeque ad pristinam rudem materiam reduci possit, domino materiae cedere; apertissima enim sunt Justiniani verba (1). Sed non aeque conveniunt, utrum materiae domino cedere debeat nova species, quae partim ex aliena, partim ex propria materia facta fuerit.

(1) *Et post multam Sabinianorum, et Proculianorum ambiguitatem, placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem, et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit. D. §. 25. in medio instit. hoc tit.; atque consonat Gajus in d. l. 7. §. 7. ff. hoc tit.*

§. 596.

Probabilius defenditur, etiam in eo casu, quo nova species tum ex propria, tum ex aliena materia facta sit, materiae domino cedere novam speciem, si haec ad priorem rudem materiam reduci possit (1); Justinianus enim regulam generalem constituit, nec distinctionis, qnae ab interpretibus fingitur, ullatenus meminit

(1) *Quod ita accipiendum est, ut alter materiae dominus partem suam jure repetat, non ut integram novam speciem habeat, quod absurdum, et iniquum esset potissimum si bona fide nova species ab altero facta fuerit, atque majorem propriae materiae copiam impenderit.*

§. 597.

Neque hanc sententiam evertit Justinianus, cum generatim definire videtur, ad conficientem pertinere novam speciem, quae partim ex propria, partim ex aliena materia facta fuerit (1). Namque, si attente perpendantur Imperatoris verba, ejusque consilium inspiciatur, manifeste constabit, eum argomento uti, quod philosophi appellant, a minori ad majus; postquam enim constituit, ut facienti cedat nova species, quae ad pristinam rudem materiam reduci non potest, potiori ratione prosequitur, regula haec vires suas exerere debet, cum nova species partim quidem ex aliena, sed et partim ex propria materia facta fuit. Atque, hanc esse Justiniani mentem, satis demonstrant exempla ab eodem allata, quae omnia novas species praeferunt ex rebus confectas, ad priorem rudem materiam reverti neutiquam aptis (2).

(1) *D. §. 25. in fine.*

(2) *D. § 25. in fine instit. hoc tit.*

§. 598.

Preater Justiniani verba sententiae nostrae favent generalia juris principia, a Romanis jureconsultis probata, quae supra exposuimus (§. 593.): videlicet, ajunt ipsi, cum materia extincta dici nequit, prioris domini manet; nec forma, sive nova species eam ad se trahit; qnin potius materia, utpote potentior, quia forma sine ea subsistere non potest, trahit ad se formam ipsam (1); cum autem nova species ad priorem rudem materiam reduci potest, materia extincta, seu destructa non est. Prioris ergo domini remanet pro parte sua (2). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *D. l. In omnibus* 24. *ff hoc tit.*

(2) *L. Lacus* 12. §. 1., *l. Quidquid in facto* 27. §. *Cum partes* 2. *ff hoc tit.*

§. 599.

Verum, ne quis in damno haereat, neve alter cum alterius dispendio locupletetur, quod naturalis aequitas refugit (1), quemadmodum in eo casu, quo nova species ad pristinam rudem materiam reduci nequit, domino materiae actio tribuitur, ut pretium consequatur (2): ita, cum nova species in pristinam rudem materiam reverti potest, competit facenti actio, qua impensas, et pretium operae recipiat a domino materiae; si tamen bonae fidei sit. (3)

(1) *L· Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)

(2) *Argum. l. In rem actio* 23. §. *Item quaecumque* 5. *in medio ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(3) *D. l.* 23. §. 5.

§. 600.

Dispntant interpretes, utrum frumentum e spicis excussum novam speciem induisse videatur, ut ad excutientem pertineat. Affirmare videtur Justinianus (1), negare Gajus asserens, ab excutiente novam formam non fieri, sed veterem detegi (2). Veritati magis consona est Gaji sententia.

(1) *D.* §. *Quum ex aliena* 25. *inst. hoc tit.*

(2) *L. Adeo quidem* 7. §. 7. *in fine ff. hoc tit.*

§. 601.

Altera accessionis industrialis species adjunctio nominatur, quae duobus modis contingere potest; vel enim una res alteri jungitur, ut eam ornet, vel ut eidem, tamquam basi, et fundamento inhaereat. Sed quaecumque sit adjunctionis ratio, tenenda est superius exposita regula, qua traditur, rem, quae alteri accedit, ad eum pertinere, qui principalis rei dominus est, quamvis illa pretiosior sit. Si ergo vesti ornamentum adjiciatur, cujuscumque hoc valoris sit, vestis jus sequitur, ait Justinianus, quasi adjectione hac extinctum fuerit: data tamen purpurae domino actione ad pretium consequendum (1).

(1) §. *Si tamen* 26. *instit. hoc tit.*

§. 602.

Sed, ut haec melius percipiantur, ducibus jureconsultis, quaedam distinctiones adhibendae sunt: atque in primis perpendere oportet, utrum dominus vestis ornatum adjecerit, qui alterius sit, an contra purpurae dominus eam alieno vestimento intexuerit. 2. In utroque casu distinguendum est, utrum bona, an mala fide adjunctio facta fuerit.

§. 603.

Si dominus vestis alienam purpuram bona fide intexuerit, ejus repetitio non conceditur, quamdiu vesti adhaeret, licet jure postulet, ut a veste separetur, atque separata restituatur (1): nisi vestis domino grave inde dispendium immineat, quo casu, aequitate suadente, actio in factum conceditur ad pretium consequendum (2). Si autem mala fide adjunctio facta sit, rei adjunctae dominus actionem furti habet, et rei vindicationem; quippe odio iniqui possessoris res tamquam a veste separata consideratur (3).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1). *Item quaecumque aliis juncta, sive adjecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur. L. In rem actio* 23. §. *Item quaecumque* 5. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(2) *D. l.* 23. §. 5 *in medio.*

(3) *D.* §. *Si tamen* 26. *instit. hoc tit, argum. l. Sin autem* 27. §. *Sed et is* 5., *et l. Qui petitorio* 36. *ff. de rei vindicat.*

§. 604.

Cum purpurae dominus eam alienae vesti adjecit bona fide, vestem retinere potest, donec ipsi solvatur purpurae pretium; vel petere, ut purpura a veste separetur, et pretium consequatur, si forte in ejus possessione non sit (1). Quod si mala fide hoc fecerit, stricto jure inspecto, nec purpuram, nec pretium exigere potest; rem quippe donasse videtur, sicut ille, qui in alterius fundo sciens aedificat (2). Verum, quia aequitas non patitur, ut alter cum alterius jactura ditior fiat (3), pretium purpurae restituendum videtur, vel saltem vestis purpurae domino tribuenda, qui ejusdem pretium solvat.

(1) *D. l. In rem actio* 23. §. *In omnibus* 4., *et sequ. ff. de rei vindicat.*

(2) §. *Ex diverso* 30. *inst. hoc tit.*

(3) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 605.

Quae de purpura vesti adjecta hactenus exposuimus, proportione habita, conveniunt caeteris quoque rebus, quae adjiciantur, ut alteram ornent, vel ei adhaereant. Quaedam tamen peculiaria ex rerum indole sunt in aedificatione, plantatione, satione, et pictura, de quibus idcirco sigillatim dicturi sumus.

§. 606.

Quod ad aedificationem pertinet, in primis distinguere oportet, utrum quis aedificaverit in suo solo ex aliena materia, an ex propria materia in solo alieno: tum, utrum aedificaverit bona, an mala fide, videlicet ignorans, an sciens rem, vel solum, ad alium pertinere.

§. 607.

Si quis in suo solo aedificet ex aliena materia, aedificium soli domino cedit, ait Justinianus, nec tamen, qui materiae dominus fuerat, desinit dominus ejus esse (1); aedificium quippe sine solo subsistere non potest: adeoque solum principalis, aedificium accessorii vicem fungitur.

(1) *Cum in suo* 29. *inst. hoc tit.*

§. 608.

Ut percipiatur, quo sensu duo ejusdem rei domini habeantur, duplex ratio inspicenda est, qua materia, ex qua aedificium constat, considerari potest: nimirum veluti solo unita, atque aedificium componens, aut ab eo separata. Priore respectu ad soli dominum pertinet, posteriore veteris domini remanet. Hinc sequitur, destructo, vel diruto aedificio, materiam repeti posse, non tamen antea, propter legem xii. tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis, vel vineis junctum eximere cogatur: appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt (1); quae prohibitio duplici ratione innititur: 1. Ne aedificia diruantur, vel vinearum cultura turbetur (2): 2. Ne inde aspectus urbis deformetur. (3).

(1) *L. Adeo quidem* 7. §. *Cum in suo* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *ff. de tigno juncto* (47. 3.).

(3) *L. Praetor ait* 2. §. *Si quis nemine* 17., *l. ult. ff. ne quid in loc. public.* (43. 8.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 609.

Sed quia invitus dominus, et sine culpa, re sua carere cogitur, saltem quamdiu subsistit aedificium, legibus ipsi consultum est, ut duplum pretii consequatur, nulla facta distinctione, utrum alter bona, an mala fide aedificaverit (1): quae tamen distinctio adhibenda est, si materiae dominus aedificio diruto eandem petat; cum enim soli dominus bona fide aedificavit, materiam praestare non cogitur, si tamen jam duplum solverit (2); sed contra iniquum possessorem adhuc rei vindicatio competit, ut iniquitatis suae poenam ferat (3).

(1) *D.* §. *Cum in suo* 29. *instit. hoc tit.*, *d. l.* 7. §. 10 *ff. hoc tit.*

(2) *D.* §. 29. *instit. hoc tit.*

(3) *L. ult. ff. de tigno juncto* (47. 3), *arg. d.* §. 29. *inst. hoc tit.*

§. 610.

Verum, ex communi interpretum sententia; actio haec de tigno juncto, ad duplum materiae consequendum in foro amplius non viget; sed unice competit domino actio ad rei pretium, si alter bona fide aedificaverit: qui autem mala fide, praeter rei pretium, damna quoque materiae domino reficere cogitur.

§. 611.

Altera aedificationis species est, cum quis ex sua materia in solo alieno aedificium construxit. Atque in hac sequentes regulae servari debent. In primis certum est, secundum generalia juris principia, aedificium solo cedere, quin dominus materiae eam vindicare possit (1). Sed, si quaeratur, utrum materiae pretium jure petat, distinguendus est ille, qui bona fide aedificavit, solum ad se pertinere existimans, ab eo qui sciebat alienum.

(1) §. *Ex diverso* 30. *inst. hoc tit.*

§. 612.

Qui in solo alieno mala fide aedificat, dominium materiae amittit, neque generatim ejusdem pretium petere potest, nec materiam, etiamsi forte aedificium diruatur; eam quippe soli domino sponte donasse videtur (1). Poterit tamen necessarias impensas postulare: veluti si impenderit in ejusdem aedificii refectionem; aeque enim possessori malae, ac bonae fidei restituuntur necessarii, atque utiles sumptus (2); ne alter cum alterius dispendio locupletetur, quod non sinit naturalis ratio (3).

(1) *D.* §. 30. *inst. hoc tit.*

(2) *L. Domum* §. *ejus autem* 5. *in medio cod. de rei vindicat.* (3. 32)

(3) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 613.

Qui ergo ex propria materia in solo alieno aedificavit, materiae dominium amittit, quia eam donasse videtur; leges enim in hac re praesumptae donationi innituntur. Hinc sequitur, materiae dominum eam petere posse, postquam dirutum fuerit aedificium; vel aedificio constante ejusdem pretium, si argumenta suppetant, quae praesumptionem donationis excludant (1): saltem si in possessione constitutus reperiatur, ut infra expendemus de eo, qui bona fide aedificavit.

(1) *Si vero fuerit dissolutum, ejus materia ad pristinum dominum redit, sive bona, sive mala fide aedificium extructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint. L. Si inferiorem* 2. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.)

§. 614.

Fingamus, ut exemplo res melius innotescat, colonum, aut fundi conductorem, vel usufructuarium in area aedificium posuisse ex sua materia, et propriis sumptibus. Sane nulla hic donationis indicia assistunt; sed eo consilio alteruter ex his aedificasse praesumendus est, ut aedificio interim utatur, fruatur ad sui commodum, et fundi utilitatem. Pretii ergo repetitionem habebit (1).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1. (1) *In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necessario, vel utiliter auxerit, vel aedificaverit, vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest. L. Dominus horreorum* 55. §. 1. *ff. locati* (19. 2.).

§. 615.

Cum autem quis in alieno solo ex sua materia bona fide aedificat, putans suum esse solum, an pretium materiae constante aedificio juste desideret, distinguunt leges Romanae eum, qui possidet, ab altero, qui in possessione aedificii constitutus non sit. Possessori exceptionem tribuunt, qua materiae pretium, et sumptus a soli domino repetat (1); huic enim favet tum bona fides, quae donationis praesumptionem excludit, tum aequitas, quae non patitur, ut alter ex alienis spoliis ditior fiat (2).

(1) §. *Ex diverso* 30. *inst. hoc tit.*, *d. l. Adeo quidem* 7. §. *Ex diverso* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 616.

Quod si aedificium non possideat, qui illud in solo alieno posuit, certum videtur, ex Romanis legibus actionem huic non competere, qua materiae pretium, aliosque sumptus recipiat; jureconsulti enim constanter, et apertissime docent, sumptus in re aliena factos exceptione tantum obtineri posse (1), quae in eo dumtaxat casu locum habet, quo dominus rem suam vindicat (2).

(1) *L. Sumptus* 48. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *l. Si in area* 33. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.), *l. Haeres* 21. *ff. ad S. C. Trebell.* (36. 1.).

(2) *Paulus respondit, eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione. L. Paulus* 14. *ff. de dol. mal., et met. except.* (44. 4.)

§. 617.

Equidem non desunt, qui contrariam tuentur sententiam, atque contendunt, Romano jure non denegari, aedificanti bona fide in alieno solo actionem, ad pretium consequendum. Sed legum fragmenta (1), quae proferunt, de iis agunt, qui aliena negotia, non tamquam propria, ut in quaestione, quam expendimus, sed tamquam aliena gerunt: vel de impensis necessariis loquuntur, nec aperte demonstrant actionem dari, sed tantum impensarum repetitionem tribuunt (2), quae exceptionis ope obtineri potest: atque petere in jure dicitur etiam ille, qui utitur exceptione (3); quippequi excipiendo actor fieri videtur (4).

(1) *L. Indebiti soluti* 15. §. 1., *l. Qui exceptionem* 40. §. 1. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.), *l. Pomponius* 9. *ff. de negot. gest.* (3. 5.), *l. Fructus* 7. §. *ult. ff. solut. matrim* (24. 3.)

(2) *L. Domum* 5. *cod. de rei vindicat.* (3. 32)

(3) *L. Amplius non peti* 15. *in medio ff. ratam rem haberi* (46. 8.).

(4) *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est. L.* 1. *ff. de exceptionib.* (44. 1.)

§. 618.

Verum, quaecumque fuerit Romanorum jurisprudentum sententia, certum est, usu fori apud omnes gentes recepto, actionem tribui non tantum possessori bonae, sed et malae fidei (1); ita suadente naturali aequitate, quae jubet, ut quisque suis contentus aliena domino restituat (2).

(1) *Faber cod. de rei vindicat. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 15. *num.* 2. *in allegat. Voet in Pandect. lib.* 5. *tit.* 3. *num.* 23. *in fin. V.* §. 660. *Tom. II.*

(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6)

§. 619.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Non omne tamen indistincte restituitur, quod impensum est, sive actionis ope, sive exceptionis remedio impensae in re aliena factae petantur: sed tantum, quatenus pretiosior factus est fundus: nec amplius peti potest, quam fuerit impensum, etiamsi majus emolumentum ex illis percipiatur (1); ita enim ei, qui in res alienas sumptus fecit, consuli debet, ne tum ipse, tum earum dominus in damno haereant.

(1) *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti, aut consevisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis, caussisque constituet. Finge, et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, ut fundum recipiat usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est: et, si plus pretio fundi accessit, solum, quod impensum est. L. In fundo* 38 *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

§. 620.

Qua ratione tradit Celsus, interdum ne repetitionem quidem impensarum tribui, quamvis bona fide factae fuerint, sed tantum facultatem praestari, qua eae tollantur, sine quibus fundus deterior non fiat, quam foret ante aedificium (1); potius enim domino fundi prospiciendum est, quam alteri, qui damnum, si quod forte sentit, sibi debet imputare: sibi, inquam, seu facto suo, quamvis a culpa immune sit factum. Immo in hac specie fundi dominus impensas in eam factas retinere potest, si paratus sit tantum dare, quantum habiturus esset alter his rebus ablatis (2): nec impendenti conceditur, ut res auferat, ex quibus emolumentum percepturus non est (3), ita suadente naturali aequitate, quae non patitur, ut quis alteri noceat, quin sibi prosit (4).

(1) *Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulcris avitis carendum habeat: sufficit tibi, permitti tollere ex his rebus, quae possis; dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. D. l.* 38 *in med. ff. de rei vindicat.*

(2) *Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. D. l.* 38 *ff. de rei vindicat.*

(3) *Neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. D. l.* 38. *in fine.*

(4) *L. Si cui* 9. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

§. 621.

Ulterius progressum est illius favore, qui fundi dominium habet, ut repetitio impensarum alteri denegetur, cum fructus e fundo percepti sumptibus aequales sunt, fructus enim cum impensis compensatur (1): neque damnum aliquod sentit aedificans, aut dominus cum alterius dispendio locupletatur; hic enim, quod suum est, solummodo recipit (2).

(1) *L. Sumptus* 48. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(2) *L. Nihil dolo* 129. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 622.

Quae de aedificatione dicta hactenus sunt, implantationi quoque conveniunt. Arbor igitur aeque ac aedificium solo cedit, dummodo radices egerit, vel saltem coaluerit (1); quamdiu enim neutrum praestitit, idem corpus cum fundo constituere adhuc non videtur, adeoque tamquam a solo separata prioris domini manere debet.

(1) §. *Si Titius* 31., *et seq. instit. hoc tit, l. Adeo quidem* 7. §. *Si alienam* 13. *ff. hoc tit.*

§. 623.

Hinc necessario sequitur, arborem, quae in meo fundo plantata fuerit, ad vicinum pertinere, si in ejus praedio radices habeat (1); ad eum enim spectare arbor debet, ex cujus fundo succos, et alimenta percipit. Quod si arbor deinde eruatur, priori domino restituenda non est, quamvis materiae repetitio interdum concedatur ei, qui in solo

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

alieno aedificavit; materia enim aedificii immutationem proprie passa non est: contra arbor alio terrae alimento, ut Paulus loquitur, diversa esse videtur (2).

(1) *D. §. Si Titius* 31. *instit. hoc tit., d. l.* 7. §. 13. *ff. hoc tit.*

(2) *Arbor radicitus eruta, et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit: et, si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur; nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam. L. Sed si meis* 26. §. *Arbor* 2. *ff. hoc tit.*

§. 624.

Cum arboris dominium ex radicibus dimetiamur, communis esse debet, quae in confinio posita in duorum fundo radices habet (1), videlicet pro regione cujusque praedii ut explicat Marcianus (2). Exceptio est, cum arbor in fundo vicini vix aliquas, et exiguas radices misit, quae tamquam rami considerari potius debeant; quo sensu ait Pomponius, arborem illius esse, in cujus fundo nata est, quamvis in fundo vicini radices sint, atque ex eo alimenta trahat (3). Quod si arbor in hac specie eruatur, communis fit pro indiviso, ob confusionem partium, quae amplius distingui non possunt (4).

(1) *D.* §. 31. *instit. hoc tit., d. l.* 7. §. 13. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Pro regione* 8. *ff. hoc. tit.*

(3) *Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit. L. Si plures* 6. §. *ult. in fin.* §. *arbor furtim caesar.* (47. 7.)

(4) *L. Arbor* 15. §. *commun. divid.* (10. 3.)

§. 625.

Arbor ergo solo cedit (§. 622.); sed soli dominus pretium ejus restituere tenetur, sive dominus soli alienam arborem plantaverit, quo casu domino arboris tribuitur in factum, vel utilis in rem actio ad pretium consequendum, si alter bonae fidei sit (1): atque insuper actio furti, condictio furtiva, si mala alterius fides demonstretur (2).

(1). *L. Idem Pomponius* 5. §. *De arbore* 3., *l. In rem actio* 23. §. *Item quaecumque* 5. *in med. ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(2) §. *ult. inst. de obligat., quae ex delict. nascunt.* (4. 1.), *l.* 1., *et* 2. *ff. de tign. junct.* (47. 3.)

§. 626.

Quod si fingamus, a domino arborem in alieno solo plantatam fuisse, eaedem regulae servari debent, quas de aedificante ex propria materia in solo alieno tradidimus (§. 611.): videlicet possidens exceptionis remedio pretium, et sumptus repetit, si bona fide plantaverit (1): si autem non possideat, neutrum consequi potest secundum Romanarum legum sanctionem, suadente tamen aequitate, et usu fori, utrumque percipiet, prout de aedificio diximus. (§. 618.)

(1) *L. Si quis sciens* 11. *cod de rei vindicat.* (3. 32.)

§. 627.

Quae plantationis, eadem sationis ratio est, quae idcirco fundi domino cedit (1); in percipiendis enim fructibus magis corporis jus spectatur, ex quo prodeunt, quam seminis, ex quo oriuntur, ut scite ait Ulpianus (2): utpotequia ex fundo incrementum habent. Cum autem hic eaedem serventur regulae, quae in plantatione, perperam eas non iteramus.

(1) §. *Qua ratione* 32. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Qui scit* 21. §. 1. *ff. de usur.* (22. 1.)

§. 628.

Quod ad scripturam pertinet, Justiniano placet, iisdem legibus subjici, itaut chartae domino cedat scriptura, ex quacumque materia litterae constent, cujuscumque momenti res in ea scripta proponatur (1). Verum, si Vinnio, Grotio, aliisque interpretibus fidem adhibeamus, haec Imperatoris constitutio in foro amplius non servatur: nec immerito;

aequitas enim non patitur, ut quis dare cogatur, instrumentum puta, vel aliud gravissimi momenti, chartae domino, qui eadem uti amplius non possit. Ergo, ut consulatur utriusque indemnitati, chartam scripturae cedere dicimus, ea tamen lege, ut pretium ejus solvatur.

Ist. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) §. *Litterae quoque* 33. *instit. hoc tit.*

§. 629.

Picturam a caeteris secernere Justiniano ipsi aequius visum fuit; ridiculum enim esset, ait Imperator, picturam Apellis, vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Pretium ergo tabulae solvere sufficit (1).

(1) *Si quis in alieno* 34. *inst. hoc tit.*

§. 630.

Postremo ad industrialem accessionem pertinet confusio. Quamvis communi loquendi usu confusionis, et commixtionis appellatione idem significari videatur, hic tamen alterum ab altero secerni debet. Confunduntur corpora liquida, vel liquefacta, veluti vinum, et oleum, aurum, et argentum, quae simul ita permiscentur, ut unum corpus efficiant, nec unius partes a partibus alterius amplius separari queant. Contra misceri, seu commisceri dicimus corpora solida, veluti oves, frumentum, quorum partes invicem disjunctae permanent, etiamsi ob exiguitatem, vel similitudinem eas distinguere nesciamus, uti in frumento facile contingit.

§. 631.

Confusio inter modos acquirendi dominii per accessionem merito recensetur (1); ex rerum enim unione, quae ad diversos dominos pertinent, fit, ut una alteram ad se trahat. Sed aliud est de commixtione (2); quia res invicem separatae permanent, adeoque altera ex illis alteram ad se trahere nequit; quamvis per accidens fiat, ut separari nequeant, vel potius ea separare nesciamus.

(1) §. *Si duorum* 27. *instit. hoc tit.*

(2) §. *Quod si frumentum* 28. *instit. hoc tit.*

§. 632.

Sed priusquam regulas explicemus, quae in hac re servari debent, in primis distinguendi sunt plures modi, quibus confusio, vel commixtio fieri potest: atque secernendae diversae rerum species, quae invicem confundi, vel misceri possunt; quia tum ex diversis modis, tum ex diversa rerum indole aliae juris regulae praestituuntur.

§. 633.

Triplici modo fieri potest confusio. 1. Utriusque domini consensu, et voluntate. 2. Casu fortuito. 3. Unius domini voluntate, vel alterius, qui dominus non sit. Res autem, quae invicem misceri possunt: 1. Vel sunt ejusdem speciei, vel diversae: 2. Vel una ab altera adhuc separari potest, vel non potest.

§. 634.

Cum utriusque domini voluntate confusio facta fuit, novum corpus utrique commune fit, proportione tamen habita quantitatis, quae alterutrius erat: quin intersit, utrum res diversi generis, an ejusdem confusae sint: an res confusae adhuc possint separari, necne (1).

(1) §. *Si duorum* 27. *instit. hoc tit.*

§. 635.

Novum ergo corpus in hac specie inter utrumque dominum aequabiliter dividitur (1): quod si alterius materia pretiosior sit, ampliorem hic partem habere debet (2). Si autem novum corpus tale sit, quod commodam divisionem non patiatur, prudenti judicis arbitrio adjudicabitur alteri ex dominis, ea lege, ut alterum indemnem praestet (3).

(1) *Et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus.* L. *Marcellus* 3. §. *ult. in fin. ff. de rei vindicat* (6. 1.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(2) *L. Quo quidem 4. ff. eod. tit.*

(3) §. *Eadem interveniunt 5. instit. de offic. judic.* (4. 17.)

§. 636.

Caeterum communio haec non vi accessionis contingit, sed utique voluntate dominorum, qui ita res suas invicem permiscent; eadem enim communio intercederet, si duae res confunderentur, quarum una alteram ad se trahere apta non sit: veluti frumentum (1).

(1) *Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, siquidem voluntate vestra, commune est.* §. *Quod si frumentum 28. instit. hoc tit.*

§. 637.

Si confusio casu facta proponatur, distinguendum est, utrum confusae materiae ad invicem separari possint, necne. In priore specie, quae locum habet in rebus liquefactis, novum corpus commune non fit, sed cuique res sua, separatione facta, tribui debet (1); quia et hic nulla ratio est communionis inducendae, cum una alteram ad se non trahat; adeoque accessio locum habere non potest. Quod si confusae materiae ita invicem adhaereant, ut individuae sint, quales fere liquidae esse solent, corpus commune fit; nulla facta distinctione, utrum materiae ejusdem generis sint, an diversi (2); quia in utroque casu accessionis jus aeque vires suas exerit.

(1) *Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci potest, nec communicabitur, ne communi dividundo agetur; quia separari potest: agetur autem in rem. L. Idem Pomponius 5.* §. *1. in med. ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(2) *D.* §. *Si duorum 27. in fin. instit. hoc. tit., l. Adeo quidem 7.* §. *Sed etsi 9. ff. hoc tit.*

§. 638.

Neque objiciatur, leges non distinguere inter ea, quae adhuc separari possunt, et alia; quamvis enim nec Justinianus, nec Gajus hujusce distinctionis meminerint, hanc esse eorum sententiam apertissime inde colligitur, quod uterque exempla affert rerum, quae separari nequeunt (1). Quare sine haesitatione recipienda est proposita ab Ulpiano distinctio (2).

(1) *D.* §. *27. instit. hoc tit., d. l. 7.* §. *9. ff. hoc tit.*

(2) *In d. l. 5.* §. *1. in med. ff. de rei vindicat. Ulpianus hic inter res, quae separari non possunt, enumerat aes, et aurum; aetate enim sua ars haec adhuc ignorabatur.*

§. 639.

Si confusio unius ex dominis, vel alterius cujuscumque opera, et voluntate facta fuerit, novum corpus, quod tamen rebus ejusdem generis constet, commune fiet, quia haec separari amplius nequeunt (1). Cum autem ex rebus diversae speciei novum corpus factum est, distingui debet, quemadmodum in specificatione (§. 337.), itaut novae speciei, quae ad pristinam rudem materiam reverti possit, quisque suam partem habeat; alioquin nova species facienti tribuitur (2).

(1) *D. l. 5.* §. *1. ff. de rei vindic.*

(2) *D. l. 5.* §. *1.*

§. 640.

Vix monendum est, facientem teneri, ut alterum, cujus materia usus est, indemnem servet, si nova species nullius usus esse possit, nec aliquod emolumentum praestare: veluti si lac vino, vel oleo mixtum fuerit, neque enim cogendus est dominus, ut parte contentus sit ejus rei, ex qua lucrum habere non potest.

§. 641.

Non eaedem omnino regulae in commixtione servantur, uti jam innuimus (§. 630.). Si ergo utriusque domini voluntate facta fuerit, totum corpus commune quidem fiet,

servata proportione quantitatis, atque cujusque rei pretio (1). Sed communio haec dominorum voluntate inducitur, non vi accessionis (2), quae ibi tantum obtinere potest, ut toties diximus, ubi una res alteram ad se trahit. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *D. §. Quod si frumentum* 28. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Adeo quidem* 7. *§. Voluntas duorum* 8. *ff. hoc tit.*

§. 642.

Si autem res inter se commixtae fuerint casu fortuito; vel quod idem est in hac quaestione, unius domini, vel alterius cujuscumque extranei facto, et voluntate, quisque dominus partis suae dominium retinet; nulla enim mutatio contingit, quae apta sit ad dominium transferendum (1). Sed quia aliquando evenire potest, ut una res ab altera secerni amplius nequeat, veluti si frumentum frumento mixtum fuerit; idcirco arbitrio judicis aestimandum erit, quae acervi pars, aut frumenti quantitas singulis tribui debeat (2). Atque ita ex necessitate queadam communio inducitur (3).

(1) *D. §. Quod si frumentum* 28. *ff. hoc tit.*

(2) *D. §.* 28. *in fin.*

(3) *L. Marcellus* 3. *§. ult.*, *et l.* 4. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

§. 643.

Neque sententiam hanc evertit Gajus, cum ait, nummos alienos inscio, vel invito domino solutos tamdiu prioris domini manere, quamdiu creditoris nummis mixti non sint: mixtos vero, itaut secerni amplius nequeant, statim fieri creditoris, qui eos miscuit (1); siquidem frumentum inter, et nummos hoc intercedit discrimen; quod nummi ex Romani juris principiis consumpti reputari debent, ex quo mixti aliis sunt, ut secerni non possint, cum eorum consumptio per solum usum fiat (2), qui per hanc commixtionem intervenisse non inepte judicatur: contra frumentum non ante consumptum habetur, quam ex eo farina facta fuerit. Adde, frumenti idem fere esse pretium, atque plerumque interesse, ut potius habeatur frumentum, quam ejus pretium; quae vix in pecunia contingunt.

(1) *L. si alieni* 78. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(2) §. *Constituitur autem* 2. *instit. de usufruct.* (2. 4.), *l. Nam etsi fur* 13., *l. Non omnis* 19. §. 1. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 644.

Sed satis de naturali, et industriali accessione: series rerum postulat, ut mixtam explicemus, quae tum naturae ope, tum hominis industria contingit. Atque ita finem facimus modis originariis rerum dominia acquirendi.

ARTICULUS III.

De accessione mixta.

SUMMARIA.

Ad mixtam accessionem pertinent fructus. § 645.

Fructuum diversae sunt species, et qualitates: tum diversa sunt personarum genera, a quibus percipi possunt. §. 646.

Fructus, a fruendo, vel ferendo dicti, proprie sunt, qui ex re, non ejus occasione, percipiuntur. §. 647.

Fructus dividuntur in naturales, et industriales: quibus et improprie addi possunt civiles, qui rei occasione percipiuntur. §. 648.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Fructus tum naturales, tum industriales alii pendentes dicuntur, alii percepti, quidam percipiendi. §. 649.

Fructus percepti tribuuntur in extantes et consumptos. §. 650.

Personae, de quibus quaeri potest, an fructus suos faciant, domini sunt dominio pleno, vel semipleno, possessores bonae, vel malae fidei, conductores, coloni, vel usufructuarii. §. 651.

Dominus omnes cujuscumque generis fructus suos facit. §. 652.

Possessor bonae fidei acquirit fructus naturales, et industriales perceptos. §. 653.

Possessor bonae fidei fructus suos non facit pro cultura, et cura praecise sumpta: sed pro jure colendi §. 654.

Jus colendi Romanae leges tribuere videntur bonae fidei, quae justo titulo munita sit. §. 655, *et* 656.

Bonam fidem habere dicitur, qui rem adeptus est ab eo, quem dominum juste putabat, vel facultate alienandi praeditum. §. 657, 658.

An sufficiat medium quoddam inter bonam, et malam fidem? §. 659.

Bona fides praesumitur, nisi aliud demonstretur. §. 660.

Ut quis fructus fundi acquirat, non sufficit bona fides ab initio, sed requiritur, ut eadem perseveret. §. 661.

Diversa est usucapionis caussa a caussa possessionis, quatenus per usucapionem una res acquiritur: per possessionem autem plures fructuum acquisitiones contingunt. §. 662.

An Julianus in hac quaestione a caeteris jureconsultis dissentiat? §. 663.

Julianus asserens emptorem bonae fidei tamdiu reputari, quamdiu res evicta non est, licet prius sciverit, rem non fuisse venditoris: an explicari possit, ut emptor impediri nequeat, quin fructus colligat, quos postea domino restituere teneatur? §. 664, *et* 665.

Inspectis regulis aequitatis, atque juris principiis, ex die, qua cessat bona fides, possessor fructus suos amplius non facit. §. 666.

Justus titulus ille dicitur, qui aptus est ad transferendum dominium. §. 667.

Ex jure in foro passim recepto, possessor bonae fidei omnes fructus suos facit, tum naturales, tum industriales, sive consumptos, sive etiam extantes tempore litis contestatae, quamvis justo titulo praeditus non sit. §. 668, *et* 669.

Possessor bonae fidei tamquam dominus consideratur. §. 670.

Foetus pecudum, pilus, lana, lac, foenum, olivae possessori bonae fidei acquiruntur, statim ac separati sunt a re. §. 671.

Ex Justiniano possessor bonae fidei habet omnes fructus, pro jure colendi, quod eidem competit. §. 672, *et* 673.

Expenditur responsum Pomponii, asserentis, fructus naturales ex rebus, ab alterutro ex conjugibus durante matrimonio donatis, alteri conjugi non acquiri. §. 674, *et* 675.

Referuntur exempla possessorum bonae fidei, qui justo titulo destituuntur. §. 676.

Ut possessor bonae fidei fructus suos faciat, necesse non est, ut rem usucapere possit. §. 677.

Fructus percepti, et consumpti a possessore bonae fidei non restituuntur, quamvis illis factus sit locupletior. §. 678.

Cur possessor haereditatis restituere debeat fructus, quatenus factus est ditior, non autem possessor bonae fidei? §. 679.

Possessor bonae fidei fructus compensare debet cum meliorationibus: nisi fructus ipsi pleno jure acquisiti sint. §. 680, *et* 681.

Melioramentorum tamen fructus compensationem hanc non admittunt. Melioramenta aestimantur a die, quo praedium restituitur. §. 682.

Possessor, licet bonae fidei ab initio, compensare debet fructus meliorationum post litem contestatam perceptos cum earum expensis. §. 683. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Possessores malae fidei dicuntur, qui sciunt, rem ad alium pertinere, quamvis justum titulum habeant; vel initio possessionis bonae fidei essent. §. 684.

Haeres possessoris malae fidei, quamvis bona fide praeditus sit, fructus omnes restituere debet. §. 685.

Possessores malae fidei restituunt fundum cum fructibus omnibus etiam consumptis, non tantum perceptis sed etiam percipiendis. §. 686, et 687.

In judiciis strictis, et arbitrariis iniquus possessor plerumque tantum condemnatur ad restituendos fructus a die litis contestatae. §. 688.

Fructuum condemnatio in tempus sententiae definitivae plerumque differri solet. §. 689.

Fructus jure actionis, et per se debiti peti possunt in executione judicati, quamvis ante sententiam petiti non fuerint. §. 690.

Fructus in hoc argumento per se debentur; adeoque, etiamsi non fuerint petiti ante sententiam, adjudicari debent. §. 691.

Si judex de fructibus nihil pronunciaverit in judicio recuperandae possessionis, neque ex hoc capite appellatio interposita sit, in executione sententiae, quae fuerit confirmata, peti possunt. §. 692

Fructus, judicis tantum officio adjudicandi, frustra post sententiam petuntur. §. 693.

Fructus actione petiti, nec per sententiam adjudicati actori non debentur, cum praesumptio est, judicem nec errore, nec ignorantia, nec alia simili caussa de iis siluisse. §. 694.

Fundi domino, qui fructus repetit a possessore, onus incumbit, ut valorem, et quantitatem fructuum demonstret, nisi certi sint, et determinati. Fructuum quantitas eadem semper praesumitur. §. 695.

Fructuum quantitas probatur per testes, et per alias conjecturas. §. 696.

Si testes inter se discrepent de fructuum quantitate vel pretio, judex singula adjuncta perpendere, debet, et ex his definire, quod verosimilius videtur. Fructuum aestimatio aliquando fit ex proportione usurarum, quales in regione frequentantur. §. 697, et 698.

In fructibus aestimandis judex rationem habere debet casuum fortuitorum, quemadmodum fit in usuris. §. 699.

Jure, quo utimur, decretum est, ut fructuum debitor eorum quantitatem significet, exhibitis etiam libris, et rationibus. Creditor ad jusjurandum admittitur, cum debitor se judicio non sistit; aut libros, vel rationes fructuum edere recusat. §. 700.

Debitor, aut creditor, qui dolum in his admittant, poena pecuniaria mulctantur. Quando pro melioramentis retentio permittatur? §. 701.

Tres distinguuntur expensarum species: quaedam necessariae sunt, aliae utiles, quaedam voluptuariae. §. 702.

Quae impensae dicantur necessariae, quae utiles, aut voluptuariae? §. 703.

Impensae omnes tum necessariae, tum utiles restituendae sunt possessori etiam malae fidei, si adhuc extent res, et impensae domino profuerint. §. 704.

Gordianus utiles a necessariis impensis distinguens, itaut priores possessori malae fidei restitui tantum debeant, cum sine fundi laesione auferri possunt, utilium nomine voluptuarias etiam intelligit. §. 705.

Possessori tum bonae, tum malae fidei restituuntur utiles sumptus, quos dominus aeque facturus fuerat. §. 706, et 707.

Fundi dominus, qui in melioramenta impensurus erat, reficere tamen eadem debet, si dives sit. §. 708.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Si pauper sit fundi dominus, possessori licet auferre, quae tolli possunt sine fundi dispendio: ita tamen ut dominus ea retinere possit, tantumdem possessori restituendo, quantum his sublatis habiturus esset. §. 709.

Dominus fundi, quamvis pauper, impensas utiles restituere debet bonae fidei possessori, si fundum receptum mox venditurus sit. §. 710.

Quaestiones de melioramentorum refusione certo, et immutabili juris principio non dijudicantur; sed ea aequitate, quae suadet, ut, quantum fieri potest, singulorum indemnitati prospiciatur. §. 711.

Possessor malae fidei ne impensas quidem necessarias repetit, si amplius non extent: nec utiles, si domino non profuerint. Levius quoque incommodum pati debet fundi dominus, ut possessorem malae fidei indemnem servet. Atque hic versatur prudens judicis arbitrium. §. 712.

Restitui debent possessori impensae necessariae post litem contestatam factae, non autem utiles, (nisi probabilis ignorantia excuset). Auferri tamen possunt ea, quibus sublatis deterior non fit fundus. §. 713, et 714.

Impensae voluptuariae nec bonae, nec malae fidei possessori restituuntur; sed utrique permittitur, ut eas auferat, quae tolli possunt, quin fundo noceatur, dummodo possessor iis sublatis aliquod lucrum recepturus sit. §. 715.

Sumptus cum fructibus fundi, non tamen plerumque cum fructibus melioramentorum, compensantur §. 716.

Impensae a possessore in re aliena factae ex jure Romano solo retentionis beneficio obtineri possunt: ex usu fori etiam actionis remedio. §. 717.

Pro melioramentis liquidis possessori retentio competit, donec plene soluta fuerint. §. 718.

Cum illiquida sunt melioramenta, non datur retentio, sed injungitur cautio domino rem vindicanti. Quandonam melioramenta illiquida reputentur? §. 719.

Regio jure possessori meliorationum nomine retentio denegatur, nisi eas fuerit persecutus, antequam lis ad coronidem perducta sit. §. 720.

Si melioramenta in genere saltem probata sint, differtur executio sententiae, et missio in possessionem, donec sit publicatum examen super capitulis in specie datis. Quid si melioramentorum nulla fuerit edita probatio? §. 721.

Impensarum aestimatio ex eo desumitur, quo melioratus est fundus; non ex eo, quod impensum est. §. 722.

Cum alteruter in damno haerere debet; aut possessor, qui impendit, aut dominus, qui rem suam vindicat, aequitas suadet, ut favorabilior sit domini caussa. §. 723.

Negotiorum gestores, tutor, et curator impensas repetunt, quamvis domino non profuerint; quia alieno nomine impenderunt. §. 724.

Cum de melioramentorum restitutione quaeritur, generalis regula traditur, semper refici debere, quod minus est. §. 725.

In aestimando melioramentorum valore inspicitur tempus, quo res domino restituitur §. 726.

Proponitur quaestio de specie, qua melioramenta plus valeant, quam impensum est, quia creverit aestimatio rerum, et operarum. §. 727.

Quidam putant, tempus restitutionis, seu praesentem rerum valorem inspiciendum esse. §. 728.

Senatus noster amplexus est sententiam distinguentium inter impensas voluptuarias, seu utiles, et necessarias, itaut istarum aestimatio desumatur ex tempore restitutionis; illarum ex eo, quod ab initio impensum fuit. §. 729.

Judicio peritorum committi solet quaestio de meliorationum valore. Plerumque tamen in hac re versatur prudens judicis arbitrium. §. 730.

Inst. l. 2, tit. 1. ff. l. 41, tit. 1.

Possessori praeter melioramenta restitui debent impensae utiliter factae, puta pro tuenda praedii libertate. §. 731.

Usufructuarius fructus suos non facit, nisi ipse, vel alius ejus nomine eosdem percipiat. Quod si decidant, vel ab alio colligantur, ad proprietarium pertinent. Quid de foetibus animalium? §. 732, *et* 733.

Usufructuarius, proprietarii jure, et nomine, acquirit fructus, possessor jure proprio. §. 734.

Si usufructuarius moriatur, antequam fructus perceperit, ad proprietarium pertinent, non ad haeredem. Quid si usufructuarius fructus immaturos collegerit? §. 735, *et* 736.

An usufructuario mortuo ante perceptionem fructuum restituendi sint sumptus in praedii utilitatem facti? §. 737, *et* 738.

Referuntur ea, quae in fructu sunt. §. 739.

Conductor, et usufructuarius in eo conveniunt, quod neuter fructus suos facit, nisi eos perceperit, vel alter ejus nomine. §. 740.

Colonus partiarius, pro parte sua, tamquam dominus consideratur. §. 741.

Transitio ad postremum acquirendi jure gentium dominii modum. §. 742.

§. 645.

Ad mixtam accessionem una tantummodo res pertinet, quae tamen quaestionum varietate, quas abunde suppeditat, et sui utilitate caeteris praestat. Fructuum dominium mixtae accessionis ope adipiscimur; ita quippe res a sapientissimo naturae Auctore comparatae sunt, ut hominis industria naturae vim, ita dicam, sustentare, et perficere debeat, quo fructus uberes ferat.

§. 646.

De fructibus dicturi, seu de legibus, quibus fructuum acquisitio regitur, in primis distinguere oportet diversas eorum species, et qualitates: tum singula personarum genera, a quibus percipi, et comparari possunt fructus; ex his enim potissimum pendent modi, quibus fructuum dominium comparatur.

§. 647.

Fructus nomine, a fruendo, vel a ferendo, sive gignendo dicti, proprie significatur, quidquid ex re ipsa percipitur, non autem occasione rei: quo factum, ut usura pecuniae in fructum non computetur, quippequae non ex ipso corpore, ut loquitur Pomponius, sed ex alia caussa percipitur (1): videlicet hominis industria, quamquam rei ipsius occasione, circa quam industria hominis versatur. Improprie tamen, et per quandam similitudinem, fructuum appellatione hujusmodi reditus aliquando in jure veniunt (2).

(1) *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est; quia non ex ipso corpore, sed ex alia caussa est. L. Usura* 121. *ff. de verbor. signific.* (50. 16.)

(2) *L. Si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

§. 648.

Tribuuntur 1. Fructus in naturales, industriales, quibus et addi possunt civiles. Naturales dicimus, non quasi eos sola naturae vis ferat, quo sensu ad naturalem accessionem referri deberent; sed quia natura ipsa amplius in iis gignendis operatur, quam hominis industria: veluti in foeno contingit, olivis, pomis, atque aliis fere, qui ex arboribus percipiuntur. Industriales sunt, qui hominis industriam maxime desiderant, veluti sata, cujuscumque sint generis. Demum civiles fructus, improprie tamen (§. praeced.), appellamus eos, quos res ipsa quidem non parit, sicuti naturales, et industriales, ex re tamen nasci videntur, quatenus ejus occasione percipiuntur, nec sine ea haberi possunt: veluti usura pecuniae, pensio domus locatae, et similes. De naturalibus tantum, et industrialibus fructibus in hoc capite agimus, alibi opportunius de civilibus dicturi.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 649.

Fructus tum naturales, tum industriales iterum distinguuntur in pendentes, perceptos, et percipiendos. Pendentes nominantur, qui adhuc solo inhaerent, vel arbori: quique ideo pars fundi judicantur, atque inter res immobiles aliquatenus recensentur (1). Perceptos dicimus eos, qui jam a solo separati sunt, quamvis forte adhuc in agro sint, nec in domum, vel horreum delati (2). Tandem percipiendos vocant, qui majore adhibita diligentia percipi potuissent.

(1) *Fructus pendentes pars fundi sunt. L. Fructus* 44. *ff. de rei vindic.* (6. 1.)

(2) *L. Si ejus fundi* 78. *ff. eod. tit.*

§. 650.

Percepti in eo, quod ad retentionem, vel restitutionem pertinet, tribui adhuc solent in extantes, et consumptos. Priores a solo separati adhuc servantur: posteriores usu extincti habentur.

§. 651.

Quemadmodum diversae sunt fructuum species, ita diversa enumerantur personarum genera, de quibus quaeri potest, an fructuum acquirendorum capaces sint. Quidam plenum rei dominium habent, qui idcirco simpliciter domini vocantur: aliis rei usus tantum competit, quales sunt usufructuarii, vassalli, emphyteutae, usurarii: quidam sunt possessores bonae, vel malae fidei; alii conductores, vel coloni.

§. 652.

Dominus cujuscumque generis fructus indistincte, et irrevocabiliter suos facit; fructus, inquam, tum naturales, tum industriales, tum civiles; quin intersit, an percepti sint, utrum adhuc solo haereant (1).

(1) *L. Solum* 49. §. 1. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *l. De eo exhibendo* 12. §. *Si quis ex uvis* 3. *ff. ad exhibend.* (10. 4.)

§. 653.

Possessor bonae fidei, videlicet qui rem tenet suam putans, quam justo titulo, apto ad transferendum dominium comparavit (1), suos fructus facit, dummodo a solo, aut arbore separati sint (2): quod si de animalium foetibus quaestio sit, percepti dicuntur, cum partus editus est (3).

(1) *L. Quaecumque* 13. §. 1. *ff. de publician. in rem act.* (6. 2.), *juncta l. Bonae fidei* 109. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.) *Sed hic junge* §. 669. *infra.*

(2) *L. Si fructuarius* 13. *ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* (7. 4.), *l. Si ejus* 78. *in med. ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *l. Qui scit* 25. §. 1. *ff. de usur.* (22. 1.)

(3) *L. Maritus* 48. §. *ult. l. In pecudum* 28. *ff. de usur.*

§. 654.

Quaerunt interpretes, quo fundamento innitatur haec fructuum acquisitio in possessore bonae fidei. Justinianus a cultura, et cura jus hoc repetere videtur (1): scilicet a jure colendi, et administrandi fundum bona fide possessum; alioquin enim non omnes fructus suos faceret, quos tamen concedit Imperator (2): sed congruam tantum mercedem laboribus, et industriae, atque sumptuum refectionem posset expostulare.

(1) *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa caussa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura, et cura.* §. *Si quis a non domino* 35. *instit. hoc tit.*

(2) *D.* §. 35.

§. 655.

Undenam vero jus hoc colendi habeatur, altera non parum intricata quaestio est. Si Romanas leges inspiciamus, probabiliter defenditur, bonae fidei possessorem jus percipiendi, et acquirendi fructus, non ex sola bona fide, sed ex justo simul titulo

dimetiri; quippe legumlatoribus tanti momenti visa est bona fides justo titulo munita: ita etiam suadente publica utilitate, et securitate, ut possessorem hunc domino fere comparaverint (1). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *L. Qui scit* 25. §. 1. *in med. ff. de usur.* (22. 1.), *l. Bonae fidei* 48. *ff. hoc tit.*, *l. Bonae fidei* 109. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.) *l. Bona fides* 136. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 656.

Sententiam hanc satis aperte tradere videtur Justinianus, et utrumque, idest, bonam fidem, et justum titulum simul requirere, cum rei fructus ei non tribuit, qui rem alienam bona fide possideat, sed qui eandem emptionis, donationis, vel ex qualibet alia justa caussa, seu, quod idem est, justo titulo, atque apto ad transferendum dominium rem teneat (1). Neque colligi potest, aliud sensisse jureconsultos, ex eo, quod interdum bonam fidem tantum commemorant (2); etenim alibi apertissime docent, bonae fidei possessorem, quod ad fructus acquirendos spectat, eum dici, qui justo etiam titulo munitus est (3).

(1) *D.* §. 35. *instit. hoc tit.*

(2) *Veluti Paulus in. l. Bona fides* 136. *ff. de reg. jur.*

(3) *D. l.* 25. §. 1. *ff. de usur.*, *d. l.* 48. *ff. hoc tit.*, *quae et Paulum habet auctorem*, *d. l.* 109. *ff. de verbor. significat.*

§. 657.

Sed, ut haec melius innotescant, opportunum est, aliquanto fusius explicare, quid bonae fidei, et justi tituli nomine in jure veniat. Bonam fidem habere is proprie dicitur, qui rem comparavit ab eo, qui vel dominus non erat, vel, quamvis dominio rei potiretur, alienandi tamen potestate destituebatur, puta pupillus, maritus in dote; quem tamen plene dominum, vel libera administrandi, atque alienandi facultate praeditum alter existimabat.

§. 658.

Dixi, bonam fidem in illo esse, qui rem habuit ab eo, quem dominum, vel jure alienandi praeditum judicabat, ut significarem, non semper requiri, ut a domino res comparetur, sed sufficere si res habita sit a legitimo administratore, puta qui procurator, vel tutor sit (1). Hinc patet, ex scientia rei alienae ad malam fidem necessario non inferri, si emptor justas habuerit caussas quibus consensum domini, aut vendendi facultatem praesumeret (2).

(1) *Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse; aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere: puta procuratorem, aut tutorem esse. D. l. Bonae fidei* 109. *ff. de verb. significat.*

(2) *D. l.* 109.

§. 659.

Neque desunt, qui sentiant, ad bonam fidem non omnino requiri, ut quis legitimas undequaque praesumptiones, vel argumenta habeat dominii, vel liberae administrationis in eo, a quo rem comparat; sed sufficere existimant medium quoddam inter bonam, et malam fidem: videlicet quod neutra adsit, sed dubitatio (1), quia bona fides sufficiens ad fructuum dominium acquirendum ibi sit, ubi non est dolus: dolus autem in hac specie abesse videatur, nisi litis contestatio secuta fuerit, ex qua malam fidem statim induci in jure traditur (2).

(1) *Osasc. dec.* 160. *num.* 6, *et seq. ubi et hanc opinionem communem dicit.*

(2) *L. Sed et loci* 4. §. *Post litem* 2. *ff. fin. regund.* (10. 1.), *l. Certum est* 22. *cod. de rei vindic.* (3. 32.) *V. infra* §. 682.

§. 660.

Verum, quidquid sit de hac sententia, certissimum in jure est, malam fidem nan-

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

quam praesumi: unusquisque enim bonus existimatur. Quare dolum in altero allegans probare debet, quamvis in exceptione (1): nec admittuntur fallaces conjecturae, aut levia indicia, sed perspicua argumenta desiderantur (2): itaut rescripserint Imperatores, alienae rei scientiam, nec malam fidem in emptore inde convinci, quod evictionis nomine duplum stipulatus sit (3).

(1) *Qui dolo dicit factum, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. l. Quotiens operae* 18. §. 1. *ff. de probat.* (22. 3.)

(2) *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. L. Dolum* 6. *cod. de dolo malo* (2. 21.)

(3) *L. Non ex eo* 30. *cod. de evictionib.* (8. 45.)

§. 661.

Caeterum, quamvis bonam fidem praesumamus, nisi aliud demonstretur, eam tamen semper requirimus, ut fructus ad possessorem pertineant: itaut non sufficiat, hunc bona fide ab initio munitum fuisse, si haec postea desierit; ex eo enim tempore, quo scientia rei alienae supervenit, deficiente acquirendi fundamento, non amplius fructus suos facit (1).

(1) *Tamdiu autem acquirit, quamdiu bona fide servit: caeterum si coeperit scire eum esse alienum, vel liberum; videamus, an ei acquirit? Quaestio in eo est, utrum initium spectamus, an singula momenta? Et magis est, ut singula momenta spectemus. L. Qui bona fide* 23. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 662.

Neque nocet exemplum usucapionis, in qua ex civilium legum praescripto sufficit bona fides ab initio, nec superveniente mala fide interrumpitur (1); longe siquidem diversa est usucapionis caussa a possessione, de qua hic agimus: per usucapionem unica res acquiritur, adeoque sufficit, bonam fidem ab initio possessioni accedere: hic autem de fructibus agitur, qui multiplices sunt, et diversis temporibus percipiuntur; quapropter, cum plures sint acquisitiones, singulis adesse debet bona fides, quibus illae innitantur (2).

(1) *L. unic. in fin. cod. de usucap. transform.* (7. 31.)

(2) *L. Bonae fidei* 48. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 663.

Vim quidem facere videtur Julianus ajens, bonae fidei emptorem, quod ad percipiendos fructus attinet, intelligi debere eum, qui, antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse quamdiu fundus evictus non fuerit (1), Varie se torquent interpretes in explicando Juliani responso. Sunt, qui ingenue, nec forte immerito, fatentur, Julianum in hac quaestione dissensisse a caeteris jureconsultis, quorum tamen opinio praevalere debet, utpote justitiae, et aequitatis regulis magis consentanea.

(1) *L. Qui scit* 25. §. *ult. ff. de usur.* (22. 1.)

§. 664.

Quidam ita Julianum explicant, ut significare voluerit, emptorem, qui postea scire coepit fundum alienum esse, impediri non posse ab eo, qui fundum ad se pertinere ait, ne fructus percipiat (donec judex pro domino sententiam dixerit), quos tamen deinde restituet.

§. 665.

Posterior haec interpretatio contorta quidem, et genuinis interpretationis regulis vix, ac ne vix, quidem congruit: omnino tamen recipi ab illis debet, qui in diversis legum fragmentis, quae diversos laudant auctores, nullas antinomias admittunt, sed omnia invicem cohaerere perfracte defendunt; atque acriter redarguunt eos, qui ex diversis capitibus diversas aliquando profluxisse sententias non diffitentur: ipsi autem malunt, fictitias interpretationes proferre, per quas jureconsultis, pro arbitrio suo,

sententias affingunt; quasi vero Romani prudentes singulari privilegio immunes esse debeant a vitiis, quibus celeberrimi scientiarum omnium auctores prae humani ingenui tenuitate obnoxii sunt: si tamen vitium est, in tanta rerum diversitate, et quaestionum difficultate aliquando diversos diversa sentire.

§. 666.

Sed quidquid sit de postremae hujus interpretationis ratione, certum est apud omnes, fructus ad possessorem amplius non pertinere ex eo plane temporis momento, quo rem alienam cognovit, cessante videlicet bona fide, quae hujusce acquisitionis basis est (§. 655.)

§. 667.

Praeter bonam fidem justus insuper titulus ex Romanarum legum sententia requiri videtur (§. 595.). Justi tituli nomine eum significari jam innuimus, qui aptus est ad dominium transferendum (§. 657.): nec interest, gratuitus, an onerosus sit (1); aeque enim per donationem, ac per venditionem, et permutationem dominium transfertur. Sed justus titulus non habetur ille, qui rei usum dumtaxat permittit: veluti precarium, locatio, et similes; qui enim hisce titulis re utitur, alieno, non suo nomine, possidet (2).

(1) *D.* §. *Si quis a non domino* 35. *inst. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Dejicitur* 9. *ff. de vi, et vi armat.* (43. 16.), *junct. l. Possideri* 3. §. *Si rem* 18., *l. Clam possidere* 6. §. 1., *l. Si quis* 10. §. 1. *ff. de acquirend. possess.* (41. 2.)

§. 668.

Fructus etiam in genere ad possessorem bonae fidei pertinere, consentiunt interpretes; sed iterum discrepant inter se, utrum industriales tantum, an et naturales simul suos faciat bonae fidei possessor. Sunt, qui distinguunt inter possessores bonae fidei, qui simul justo titulo muniti sint; atque alios, qui rem quidem alienam esse ignorant, adeoque bonae fidei sunt, justum tamen titulum, quo innitantur, non habent; vel habent quidem, sed injustum, et a legibus reprobatum: quales sunt, qui praedia minorum comparant, non servatis solemnitatibus, quas jura in hisce alienationibus praescripserunt. Prioribus cujuscumque generis fructus concedunt, posterioribus industriales tantum, non naturales, aut civiles.

§. 669.

Communior tamen, et magis recepta in foro opinio est, quae possessori bonae fidei omnes indistincte fructus addicit, tum naturales, tum industriales, tum extantes, tum consumptos tempore litis contestatae, exceptis tantummodo illis, qui post litem contestatam percepti fuerant: si modo possessor probabilem caussam habuit nesciendi alienum, veluti haeres, quamvis nullo jure, nec titulo fundum retinuerit (1): ita tamen ut fructus post litis contestationem perceptos omnino restituere debeat, quamvis litis persecutio diu intermissa fuerit (2); quia malam fidem quam hinc contraxit possessor, numquam exuere potest (3), nisi per restitutionem. Propositionis hujus veritas sequentibus argumentis demonstratur.

(1) *Fab. cod. de inoffic. testam. lib.* 3. *tit.* 19. *defin.* 11. *num.* 10. *in corp.*, *et de fruct.*, *et lit. expens. lib.* 7. *tit.* 18. *defin.* 73., *Thes. dec.* 29. *num.* 8. ✠, *Ab-Ecclesia observat.* 109. *num.* 13., *et* 16. *Immo Vinnius ad* §. 35. *instit. hoc tit. num.* 11. *Voet in Pandect. ad hunc tit. num.* 33. *cum pluribus aliis*, *quorum sententiam referunt*, *docent indistincte in praxi servari*, *ut possessor bonae fidei tantum restituat fructus post litem contestatam perceptos*, *nulla habita ratione*, *utrum prius perceptos consumpserit*, *necne*, *an locupletior inde factus sit*, *ut ita frequentibus*, *et noxiis litibus aditus praecludatur.*

(2) *Fab. ibid. de fructib. etc. def.* 77. *Aliud est de interpellatione extrajudiciali deserta*, *quae nihil operatur. Argum. l. Mora* 32. *ff. de usur.* (22. 1.)

(3) *L. Omnes* 26., *l. Constitutionibus* 33. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 670.

Sententia haec duas habet partes; posterior, quae ad fructuum acquisitionem titulum non requirit, aequitate innititur et pubblica utilitate (1), quemadmodum usucapio prior consona est jureconsultorum responsis. Atque in primis apertissime traditur a Paulo: ait enim, ad emptorem bonae fidei pertinere non tantum fructus, quos industria, et opera sua consecutus est, sed omnes, cujuscumque generis sint: rationem adjiciens; quia pene domini loco est (2): quae loquendi phrasis omnibus jureconsultis fere communis est (3).

(1) *Thes. d. dec.* 29. *num.* 8.

(2) *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus, etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia, et opera ejus pervenerunt; sed omnes; quia, quod ad fructus attinet, loco domini pene est. L. Bonae fidei* 48. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Qui scit* 25. §. 1. *in med. ff. de usur.* (22. 1.), *l. Bona fides* 136. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 671.

Pecudum foetus, lac, pilus, lana sine dubio fructus naturales sunt: ad possessorem tamen bonae fidei omnia haec pertinere docet Gajus (1). Idem affirmandum de foeno, olivis, et similibus; in his enim plus operatur natura, quam hominis industria: haec tamen bonae fidei possessoris esse, cum a solo separata sunt, ex Juliani sententia affirmat Paulus (2).

(1) *In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, et pilus, et lana. Itaque agni, et haedi, et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris, et fructuarii. L. In pecudum fructu* 28. *ff. de usur.* (22. 1.)

(2) *L. Si fructuarius* 13. *ff. quib. mod. usufruct. amitt.* (7. 4.)

§. 672.

Paulo, Gajo, et Juliano addi potest Justinianus; ipse enim perspicue tradit, fructus omnes ad possessorem bonae fidei pertinere, nulla facta distinctione naturales inter, et industriales (1). Neque generalem Imperatoris sententiam arctioribus limitibus circumscribunt ea verba, instar rationis adjecta, *pro cultura, et cura*, quasi haec unice ad fructus industriales referri possint, non ad naturales, qui nullam desiderare videntur culturam, et curam.

(1) §. *Si quis a non domino* 35. *instit. hoc tit.*

§. 673.

Etenim, praeterquamquod relata verba, uti jam observavimus (§ 654.) de jure colendi, et administrandi necessario intelligi debent, futurum alioquin, ut possessori bonae fidei ne industriales quidem fructus omnes competant, sed tantum actio, qua sumptuum refectionem, et mercedem laboris consequatur, omnibus notum est, fructus ipsos naturales quandam industriam, et culturam requirere, veluti in foeno, et arborum pomis contingit: quamquam longe minorem, quam fructus industriales culturam desiderant.

§. 674.

Huic quidem sententiae contrarius omnino videtur Pomponius; speciem enim expendens de marito, vel uxore, qui fructus ex re ab altero donata perceperint, naturales ab industrialibus secernit, itaut, industriales quidem suos alteruter faciat, quia fructus potius hominis sint, quam fundi: naturales contra ad donatorem adhuc spectent, utpotequia legibus prohibeantur, et irritae sint donationes inter virum, et uxorem. Deinde addit, idem jus servandum esse in possessore bonae fidei (1).

(1) *Fructus percipiendos uxor, vel vir, ex re donata suos facit: illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam, si pomum decerpserit, vel ex sylva cae-*

dit, non fit ejus: sicut nec cujuslibet bonae fidei possessoris; quia non ex facto ejus fructus nascitur. L. Fructus 45. ff. de usur. (22. 1.) Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 675.

Qui possessorem bonae fidei, justo titulo praeditum, in jure percipiendorum fructuum, distinguendum existimant ab eo, qui bonam utique fidem habeat, justo autem titulo destitutus sit, Pomponium de hujusmodi possessore intelligunt; ajunt enim jureconsultum de eo loqui, qui similis sit marito, de quo prius meminit; vir autem, cui uxor constante matrimonio donavit, quamvis ex juris ignorantia, bonam fidem habere possit, justo tamen titulo caret propter legis prohibitionem. Verum usu fori passim recepto, aequitate suadente, alter ab altero possessore non distinguitur (§. 669.)

§. 676.

Exempla possessorum bonae fidei, ut obiter dicamus, qui justo titulo, et legibus probato destituti sunt, plurima afferri possunt. In hunc numerum referuntur, qui praedia minorum emunt, sine judicis decreto, vel non servatis solemnitatibus, quas leges praescribunt (1): vel qui emunt falso auctorante tutore, quem legitimum existimabant (2), de quibus alibi, et fusius diximus.

(1) *L. Si contra 2. cod. si quis ignor. rem minor.* (5. 73.)

(2) *L. Si is 2. ff. de eo, qui pro tutore etc.* (27. 5.)

§. 677.

Ergo, ut possessor alienae rei fructus ex ea perceptos suos faciat, bona fides omnino necessaria est; sed non desideratur, ut res, ex qua fructus percipiuntur, sit usucapionis capax (1); ut enim praescriptione res acquiratur, praeter bonam fidem, et justum titulum, leges civiles, a quibus tota pendet usucapionis vis, in ipsa re hanc conditionem requirunt (2); ut autem rei emolumentum possessor consequatur, sufficit, quod percipitur, inter fructus computari (3).

(1) *Qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit. L. Bonae fidei 48. §. 1. in fin. ff. hoc tit.*

(2) §. 1., *et seqq. instit. de usucapion.* (2. 6.)

(3) *Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest: si vero apud bonae fidei emptorem, contra; quoniam in frcutu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. L. Sequitur 4. §. Lana 19. ff. de usurpat., et usucapion.* (41. 3.)

§. 678.

Vix immorandum est in ea quaestione, quam instituere solent aliqui interpretes, utrum possessor bonae fidei restituere debeat fructus perceptos, et consumptos, quatenus ex illis locupletior factus sit; ex dictis enim satis constat, nullum ei restitutionis onus imminere; nam Justinianus generatim docet, dominum, fundum vindicantem, de fructibus a bonae fidei possessore consumptis agere non posse (1): Diocletianus, et Maximianus fructus tantum commemorant restituendos, qui extant tempore litis contestatae, et postea (2). Demum Paulus ait, possessorem bonae fidei lucrari fructus consumptos (3): perperam autem haec dicerentur, si restituendi essent fructus, quatenus ditior factus est, qui eos percepit.

(1) *D. §. Si quis a non domino 35. instit. hoc tit.*

(2) *L. Certum est 22. cod. de rei vindicat.* (3. 32.)

(3) *L. Sed et loci 4. §. Post litem 2. ff. fin. regund.* (10. 1.)

§. 679.

Neque objici potest, quod leges constituerunt de haereditatis possessore, quem bona fides non eximit a fructuum restitutione, in quantum factus est locupletior (1); merito enim jura distinxerunt caussas universales, in quarum numero est haereditas, a singularibus, de quibus hic agimus: possessor quidem haereditatis emolumentum, quod

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

ex ea percepit, restituere debet; sed simul immunis est a restituendis rebus, quas culpa sua forte amiserit (2): atque ita utrique parti consultum est.

(1) *L. Sed et si lege* 25. §. *Consuluit* 11. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.)

(2) *Quemcumque igitur sumptum fecerint ex haereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. D. l.* 25. §. 11. *in med.*

§. 680.

Caeterum, quamvis possessorem bonae fidei ad restituendos fructus non cogamus, nec quatenus locupletior factus est, hujusmodi tamen emolumentum compensare tenetur cum sumptibus melioris effecti praedii, seu meliorationibus (1): atque ita aequalitas, quantum fieri suadet naturalis ratio, servatur inter possessorem bonae fidei, et fundi dominum, et utriusque jus incolume servatur. Sane iniquum esset, verum rei dominum duplici onere gravare, tum amissione fructuum, tum melioramentorum solutione.

(1) *L. Sumptus* 48., *l. Emptor praedium* 65. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

§. 681.

Quod de compensatione fructuum cum expensis meliorationum modo diximus, exceptionem habet in fructibus, qui possessori pleno jure ita acquisiti sunt, ut nunquam eorum restitutio praecipiatur; puta si jam consumpti fuissent, aut usucapti eo tempore, quo factae fuerunt expensae (1): potiori ratione, cum possessor fructus jure dominii percepit, et suos fecit; quamvis dominium revocari posset, veluti ob pactum initum de retrovendendo (2); compensatio enim, quae vices solutionis obtinet (3), in illis tantum casibus admittitur, in quibus locum habere potest solvendi obligatio (4).

(1) *Fab. cod. de fruct., et lit. expens. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 70., *argum. l. Sequitur* 4. §. *Lana* 19. *ff. de usucap.* (41. 3.)

(2) *Fab. d. def.* 70. *num.* 3. *in corp.*

(3) *L. Si constat* 4. *cod. de compensat.* (4. 31.), §. *In bonae fidei* 30. *instit. de actionib.* (4. 6.)

(4) *L.* 1., *l.* 2., *et passim ff. de compensat.* (16. 2.)

§. 682.

Cavendum quoque est, ne cum fructibus ipsius praedii confundantur fructus meliorationum; hi enim ex re possessoris propria percepti sunt, adeoque fundi domino prodesse nequeunt (1): eo vel magis, quod meliorationum valorem non dimetimur ex pecuniae quantitate, quae in eas impensa fuit, sed attenditur communis aestimatio, eo tempore, quo fundus restituendus est (2). Cum ergo secundum naturam sit, ut commoda eum sequantur, qui incommoda sentire tenetur (3), meliorationum fructus ad possessorem, quamvis malae fidei sit, pertinere debent (4). Sed de melioramentorum jure fusius infra dicemus.

(1) *Argum. l. Si unus ex sociis* 67. §. 1. *ff. pro socio* (17. 2.)

(2) *L. In fundo alieno* 38. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.).

(3) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(4) *Quia et hic ex re sua eos percepit; adeoque par esse debet ejus caussa, ac possessoris bonae fidei.*

§. 683.

Sed annon saltem meliorationum fructus, qui post litem contestatam percepti sunt, restitui debent domino fundum vindicanti? Possessori addicendos esse suadere videtur, quod fructus hi ex re propria percepti sint (1): inde tamen ad fundi dominum pertinere debent; possessori enim actio quidem competit ad melioramenta, seu potius meliorationum expensas recipiendas, nisi compensatione repellatur (§. 680.), proprie tamen, tamquam accessiones fundi (2), ejus sunt, qui fundi dominium habet (3). Ex aliena ergo re percepti potius dici debent: adeoque, cessante bona fide, domino sunt restituendi (4).

Quare censuit Sabaudus Senatus, inducendam esse ex aequitate compensationem, si in fundi meliorationem amplius impensum non sit, quam quanti sunt fructus mala fide, idest post litem contestatam, percepti (5).

Ist. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Argum. d. l. Si unus* 67. §. 1. *ff. pro socio* (17. 2.)

(2) *Cap. Accessorium* 42. *extra de reg. jur. in* 6. *Decret. l. Nihil dolo* 129. § 1. *ff. eod. tit.*

(3) *L. In fundo* 38. *ff. de rei vindicat.* (6. 1).

(4) *Fab. cod. de fructib., et lit. expens. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 19.

(5) *Fab. d. def.* 19. *in fin.*

§. 684.

Diximus de fructibus perceptis a possessore bonae fidei, quem domino leges fere comparant. Aliae profecto regulae servari debent in possessore malae fidei, qualis ille dicitur, qui scit rem, quam tenet, et ex qua fructus percipit, alienam esse, quamvis justo forte titulo munitus sit; titulus enim dolum non excludit. Quinimmo nec sufficit, ab initio possessionis ignorantia rei alienae, si aliquando desierit, et scientia supervenerit; ab eo enim temporis momento, quo possessor novit, rem ad se non pertinere, malae fidei habetur (1). Hinc per litis contestationem malam fidem induci in jure traditur (2), quae perpetua est (§. 669.).

(1) *L. Qui bona fide* 23. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Sed et loci* 4. §. *Post litem* 2. *ff. fin. regund.* (10. 1.). *L. Certum est* 22. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.); *V. tamen supra* §. 659.

§. 685.

Non tantum possessor malae fidei, sed et ejusdem haeres ad hanc restitutionem tenetur, licet ipse bonam fidem habeat, quia rem alienam esse ignoret; cum enim haeres repraesentet defunctum, itaut eadem cum illo persona censeatur (1), vitium defuncti in ipsum transit (2), eique nocet.

(1) *L. Haeredem* 59. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Litigator* 2. *cod. de fruct., et lit. expens.* (7. 51.), *Fab. cod. de praescript., quae pro libert. compet. lib.* 7. *tit.* 4. *def.* 1. *in fin., Ab-Eccles. observ.* 164. *num.* 13.

§. 686.

De possessore autem malae fidei generalis traditur regula, eum ad fructuum omnium, cujuscumque generis sint, restitutionem teneri, sive adhuc extent, sive eos jam consumpserit (1); quia aequitas non patitur, ut alter cum alterius jactura locupletetur, vel ut ex iniquitate sua lucrum referat (2): nec ullum fundamentum est, quo acquisitio fructuum inniti possit, deficiente dominio, et bona fide.

(1) §. *Si quis a non domino* 35. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 687.

Ulterius etiam odio possessoris malae fidei progressum est, atque constitutum, ut restituere teneatur non tantum fructus, quos ipse percepit, sed et quos ex negligentia sua percipere desiit, quosque fundi dominus majore industria adhibita percepturus fuisset (1); ne hic possessoris iniquitate damnum sentiat (2).

(1) §. *Etsi in rem* 2. *instit. de offic. jud.* (4. 17.), *l. Fructus* 33. *ff. de rei vindic.* (6. 1.).

(2) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.*

§. 688.

Tradit tamen Faber, haec quidem, quae de fructuum restitutione diximus, observari in judiciis bonae fidei (1): in judiciis autem strictis, et arbitrariis, veluti in actione ex stipulatu, plerumque tantum condemnari injustum possessorem ad restituendos fructus a die litis contestatae (2).

l. t. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Fab. cod. de fruct., et lit. expens. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 53. *ex l. Videamus* 38. §. *ult. ff. de usur.* (22. 1.)

(2) *Fab. d. def.* 53. *num.* 3. *in corpor., et num.* 4. *in allegat. ex l. Vulgo receptum* 2., *l. In fideicommissi* 3. §. 1., *d. l. Videamus* 38. §. *Si actionem* 7. *ff. de usur.* (22. 1.)

§. 689.

Quod ad fructuum restitutionem spectat, duo supersunt inquirenda. 1. Utrum in judicii executione obtineri possint, cum antea petiti non fuerant. 2. Qua ratione fieri debeat fructuum computatio, et aestimatio. Constat apud omnes, fructuum condemnationem plerumque in tempus definitivae sententiae differri solere (1); quamquam etiam pendente lite interdum fit fructuum restituendorum condemnatio: puta si pendente lite fiat adjudicatio fiduciaria haereditatis (2); quia restituta non videretur haereditas, nisi simul restituerentur fructus, qui haereditatem augent (3): vel si pendente judicio restitutionis in integrum, actor occupaverit fundi litigiosi possessionem, et fructus ex eo perceperit; quia, sicut pendente hoc judicio, contractui standum est (§. 1596., et seqq. 2.); ita et restituendi sunt fructus ei, ad quem ex contractu pertinere debuerunt (4); quippequi dominii naturam sequuntur (5).

(1) *L.* 2., *et* 3. *cod. de fruct., et lit expens.* (7. 51.), *Fab. cod. de sent., et interloc. omn. judic. lib.* 7. *tit.* 15. *def.* 12.

(2) *Fab. cod. de fruct., et lit. expens. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 23.

(3) *L. Item veniunt* 20. §. *Item non solum* 3. *ff. de haeredit. pet.* (5. 3.)

(4) *Fab. d. def.* 23. *in fin.*

(5) *L. Qui scit* 25. §. 1. *ff. de usur.*

§. 690.

Hoc praesupposito, in prima quaestione distinguendum est, an fructus debeantur ex natura actionis, et principaliter: an ex officio judicis, et accessorie. Si jure actionis, et per se debiti sint, non dubium, quin in judicati executione jure petantur, et adjudicari debeant, quamvis ante sententiam petiti non fuerint (1): ut in Faviana, et Pauliana actione (2); in interdicto *unde vi* (3); in actione, *quod metus caussa* (4), in petitione haereditatis (5); quippe in hisce casibus judex id agit per sententiam, ut actori omnia praestentur, quae sua sunt: quo nomine etiam fructus continentur (6), ut satis patet.

(1) *Fab. cod. de fruct., et lit. expens. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 67. *in fin.*

(2) *L. Videamus* 38. §. *In Faviana* 4. *ff. de usur.*

(3) *D. l.* 38. §. *Et ideo* 5.

(4) *D. l.* 38. §. *Item si vi* 6.

(5) *L. Item veniunt* 20. §. *Item non solum* 3. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.)

(6) *D. l.* 38. §. 4. *ff. de usur.*

§. 691.

Atque idem jus servari debet in judicio possessorio retinendae, vel recuperandae possessionis, adeoque in argumento, quod pertractamus, utpote ad possessionem recuperandam pertinens, ut fructus etiam non petiti actori debeantur (1): potissimum qui post litem contestatam percepti sunt; quia et hi ex natura propositae actionis veniunt (2). Potiori ergo ratione adjudicandi erunt, quamvis judex de iis non pronunciaverit, si fuerint petiti (3).

(1) *D. l.* 38. §. *In interdicto* 11. *ff. de usur., Fab cod. de fruct., et lit. expen. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 68.

(2) *Fab. d. def.* 68. *fere in princ., et def.* 88. *eod. tit.*

(3) *D. l.* 38. §. 4. *ff. de usur., Fab. d. def.* 67. *lib.* 7. *tit.* 18. *in princ.*

§. 692.

Quaerit hac occasione Faber, utrum in ea specie, qua judex de fructibus in recuperandae possessionis interdicto nihil pronunciaverit, neque ex hoc capite appellatio in-

terposita sit, peti possint in executionem judicati, si prior sententia fuerit confirmata. Probabilior videtur affirmantium sententia; licet enim appellationis judex de fructibus nihil possit definire; quia neque potestatem, neque jurisdictionem habet, nisi super deductis in principali caussa, et quatenus fuit appellatum (1); prior autem judex, postquam semel pronunciavit, officio suo functus videatur (2); quia tamen in hoc judicio per se veniunt fructus, non officio judicis (§. praeced.): idcirco dicimus eos jure expostulari, ut adjudicari debeant (3).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Fab. d. def.* 68., *et ita passim docent pragmatici, atque colligunt ex Novell.* 115. *cap.* 1.

(2) *L. Judex* 55. *ff. de re judic.* (42. 1.)

(3) *Fab. d. def.* 68. *num.* 7. *in allegat.*

§. 693.

Quod si fingamus, actione non deberi fructus, sed tantum judicis officio adjudicari, certum est post sententiam, etiamsi petiti prius fuerint, frustra postulari (1); lata enim sententia extinctum est, et finitum judicis officium, itaut nihil amplius statuere possit, nec sententiam suam emendare, sive bene, sive male judicaverit (2). Solum ergo superest appellationis remedium, si fuerint petiti, nec adjudicati.

(1) *Fab. d. def.* 67. *lib.* 7. *tit.* 18.

(2) *Judex, posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit; et hoc jure utimur; ut judex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male, seu bene officio functus est. D. l. Judex* 55. *ff. de re judic.* (42. 1.)

§. 694.

Quod supra diximus (§. 691.), fructus actione petitos, nec per sententiam adjudicatos, actori deberi, exceptionem habet, cum praesumptio est, judicem nec errore, nec ignorantia, nec alia simili caussa fructuum in sententia non meminisse; sed quia compensationis jure eorundem restitutionem denegandam putaverit (1): quae praesumptio ex eo facile eruitur, quod nec de melioramentorum refectione pronunciaverit.

(1) *Fab. cod. d. tit. de fruct., et lit. expens. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 74.

§. 695.

Difficilior est altera superius (§. 689.) proposita disputatio. quae de fructuum computatione, atque aestimatione instituitur. Hic autem in primis duo sunt, quae a nemine in dubium revocantur: nimirum: 1. Fundi domino, qui fructus repetit a possessore, onus incumbere, quo valorem, et quantitatem fructuum demonstret: utpotequia hoc sit, ut loquuntur pragmatici, fundamentum suae intentionis (1): nisi tamen agatur de fructibus certis, et determinatis, ut sunt pensiones domus locatae; vel de fructibus proxime perceptis; tunc enim praesumptio possessorem onerat, adeoque ipse probare debet, se fructus non percepisse (2). Alterum est, fructuum quantitatem, qui uno anno percepti fuerunt ex praedio fructifero, eandem semper reputari, nisi aliud demonstretur (3).

(1) *L. Cum de indebito* 25. *ff. de prob.* (22. 3.)

(2) *L. Ab ea parte* 5. *princ.*, *et* §. 1. *ff. eod. tit.*

(3) *Mutatio enim in fundis fructiferis non ita facile contingit, adeoque non praesumitur.* §. 1123. *Tom. II. Quare et traditur, ex superiorum annorum locatione fructuum aestimationem deduci posse.*

§. 696.

Probatur fructuum quantitas, qui percepti dicantur, potissimum per testes; sed et recipiuntur alia indicia, et conjecturae: potissimum in percipiendis, qui magis incerti sunt (§. 1123. 24). In primis ergo testium depositionibus probatur fructuum quantitas, eorumque valor aestimatur; haec enim probationis ratio in illis, quae per scripturam, aut per instrumenta demostrari nequeunt, caeteris praestat (1).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *L. Testium* 3. §. *Ejusdem quoque* 2. *ff. de testib.* (22. 4.)

§. 697.

Sed quid si testes inter se dissentiant, itaut quidam de majori, alii de minori fructuum quantitate, vel pretio deponant? Sunt, qui putant, aequum esse, ut judex in hac specie sententiam dicat pro reo, et sequatur minorem quantitatem; quia in hac minori quantitate contestes sint, et proprie tantum discrepent in majore quantitate, vel pretio (1): neque judex mediám viam sequi possit; quia dubium, non in jure, sed in facto consistit.

(1) *Eodem fere modo, quo stipulatio valere traditur, cum dissensus stipulatorem inter, et promissorem ad quantitatem tantum refertur; utpotequia in majore summa etiam inest minor. L.* 1. §. *Si stipulanti* 4. *ff. de verbor. oblig.* (45. 1.)

§. 698.

Passim tamen, et merito, receptum est, ut judex in hisce casibus singula personarum, et rerum adjuncta perpendat, atque ex his definiat, quod verosimilius videri potest (1): quod et litis finiendae caussa judici permittitur (2). Atque interdum etiam, cum fundi valor certus est, fructuum aestimatio ex proportione usurarum, quales in regione frequentantur, fieri solet (3): quemadmodum etiam ex fructibus ipsis, de quibus certo constet, fundi ipsius valor aestimatur.

(1) *L. Si fundus* 16. §. *Interdum* 4. *ff. de pignor.* (20. 1.)

(2) *L. Sed addes* 19. §. *Si dominus* 3. *ff. locat* (19. 2.), *Ab-Eccles. observ.* 142. *num* 16., *et* 17. ✠

(3) *Fab. cod. de fructib., et lit. expens. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 20.

§. 699.

Caeterum, cum de fructibus aestimandis, et, ut pragmatici ajunt, liquidandis agitur, judex rationem habere debet casuum fortuitorum, propter quos eorundem perceptio potest impediri; prout fieri solet in statuendis usuris lucri cessantis; aequitas enim non sinit, ut, quod multis periculis obnoxium est, tamquam certum aestimetur (1).

(1) *Argum. l. Eos, qui principali* 26. §. 1. *cod. de usur.* (4. 32.)

§. 700.

Severiores, et ad utriusque partis indemnitatem magis compositae regulae apud nos praescriptae sunt in hoc argumento. Statutum quippe, ut fructuum, ad quorum restitutionem alter ex litigantibus condemnatus fuerit, debitor teneatur, intra temporis spatium, judicis arbitrio, singulis adjunctis perpensis, definiendum, quantitatem significare: exhibitis etiam libris, et rationibus, si forte confecerit (1): quod si creditor debitoris libro, vel rationibus fidem praestare detrectet, utraque pars praefinito tempore probationes edet: imo creditor ad probationes etiam privilegiatas, videlicet jurejurando interposito, solus admittitur, cum debitor se judicio non sistit; aut libros, vel rationes fructuum exhibere detrectat (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 31. §. 1.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 2.

§. 701.

Ut autem dolo, et fraudibus aditus omnis praecludatur, debitor, qui fructuum quantitatem callide minorem asserat; aut creditor, qui temere reclamet, praeter sumptuum refectionem, pecuniaria poena mulotantur, rerum, et personarum habita ratione (1). Atque demum adjicitur, ne pro melioramentis retentio permittatur, nisi tempore habili haec proposita fuerint, videlicet antequam caussa ad coronidem perducta sit; et simul aliqua eorum probatio fuerit edita (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit* 31. §. 3.

(2) *Reg. Constit ibid.* §. 4.

§. 702.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Sequitur, ut de melioramentis dicamus, seu sumptibus melioris effecti praedii: atque in hac re non una distinctione opus est; in primis enim tria expensarum genera distingui debent, quarum aliae necessariae sunt, aliae utiles, quaedam voluptuariae dicuntur: tum secernendus est bonae fidei possessor ab eo, qui, fundum alienum sciens, in ejus tamen utilitatem impendit.

§. 703.

Necessariae vocantur impensae, sine quibus res subsistere non potest, vel deterior fieret: veluti si aedes vetustate jam collabentes reficiantur (1). Utiles sunt, quae rei pretium augent, vel rem meliorem, et domino utiliorem efficiunt (2): puta si novelletum in fundo factum sit: aut si in domo pistrinum, aut tabernam possessor adjecerit, si servos artes docuerit (3): imo utiles quoque impensae dicuntur, quae non in re ipsa factae fuerunt, sed circa ipsam, ex quibus tamen utilitas domino praestatur: veluti, ait Gajus, cum servorum gratia litis aestimatio solvitur, quod utilius est, quam ipsos dedi (4): vel si inventionis praemium inventori praestetur, aut ad rem custodiendam aliquid impendatur. Voluptuariae demum nominantur, quae ad oblectationem quidem inserviunt, aut rem exornant (5); ejus tamen pretium fere non augent; ut sunt viridaria, aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae (6).

(1) *L. Utiles* 39. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.), *l. Impensae* 79. *princ. ff. de verb. signific.* (50. 16.)

(2) *L. Quod dicitur* 5. §. *ult. ff. de impens. in res. dotal. fact.* (25. 1.), *d. l.* 79. §. 1. *ff de verbor. signific.*

(3) *L. Veluti* 6. *ff. de impens. in res dotal. fact.*, *d. l.* 39. *ff. de haered. petit.*

(4) *D. l.* 39. *ff. de haeredit. pet.*

(5) *L. Voluptuariae* 7. *ff. de impens. in res dotal. fact.*

(6) *D. l. Impensae* 79. §. *ult. ff. de verb. signific.*

§. 704.

Hisce praesuppositis dicimus, impensas omnes, tum necessarias, tum utiles possessori non tantum bonae fidei (1), sed et malae restituendas esse, si adhuc extent res, et impensae domino profuerint, sive ex iis fundus sit melioratus (2); quamvis enim, stricto jure inspecto, deneganda videatur possessori malae fidei impensarum utilium repetitio, quasi eas donasse videatur: quia tamen nemo debet ex alienis spoliis ditari (3); idcirco, aequitate suadente, respondit Paulus, in hujus quoque persona impensarum utilium habendam esse rationem (4).

(1) *Cujus semper melior, et favorabilior est caussa.*

(2) *L. Plane* 38. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.), *l. Domum* 5. *cod. de rei vindic.* (3. 32.)

(3) *L. Nam. hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.).

(4) *Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum; non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere. D. l. Plane* 38. *ff. de haered. petit*

§. 705.

Neque a regula modo proposita, qua diximus, utiles sumptus etiam malae fidei possessori reficiendos esse a fundi domino, qui ex illis lucrum percipiat, recedendum cogit Gordiani Imperatoris rescriptum, quo distinguere videtur inter necessarias, et utiles impensas, itaut illae quidem indistincte restitui debeant possessori malae fidei: istae autem in eo tantum casu, quo possint sine fundi laesione auferri (1); nam, ut praeteream, quod ab aliquibus respondetur, Imperatorem de jure stricto locutum fuisse, de quo etiam meminit Paulus, qui tamen illud ex aequitate, quae alterum ex alterius spoliis ditari non patitur, temperandum duxit (2); satis apte explicari potest Gordianus de impensis voluptuariis; ut ex eo patet, quod duo tantum impensarum genera refert, quarum aliae

Inst. l. 2. tit. 1. ff l. 41. tit. 1.

necessariae sint, aliae utiles: atque utilium nomine etiam voluptuariae intelligi possunt, quatenus istae pretium fundi plerumque augent: atque sub necessariis utiles etiam continentur, a quibus parum differunt, et vix secerni possunt.

(1) *Ejus autem, quod impendit, rationem haberi non posse, merito rescriptum est; cum malae fidei possessores ejus, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem: nisi necessarios sumptus fecerint. Sin autem utiles: licentia eis permittitur, sine laesione prioris status rei eos auferre. L. Domum* 5. *cod. de rei vindic.* (3. 32.)

(2) *D. l.* 38. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.)

§. 706.

Quod diximus, impensas utiles possessori bonae fidei omnino restituendas esse, caute accipi debet; et ita, ut, dum possessoris indemnitati prospicitur, domino non noceatur, cujus imo potior esse debet caussa; quippequi jure in re nititur; possessori autem, licet bonae fidei, sola favet aequitas, quae non vult, ut alter ex alterius jactura ditior fiat (§. 704.). In primis ergo inspiciendum est, utrum fundi dominus has impensas facturus fuisset, necne: tum, si eas facturus non fuisset; perpendi debet, an divitiis affluat, quibus par sit ad has impensas ferendas, et restituendas, an pauper sit, nec iis solvendis idoneus.

§. 707.

Si fundi dominus hujus generis sumptus aeque facturus fuisset, non dubium, quin possessori tum bonae, tum malae fidei eorum pretium restituere debeat (1); in hac enim specie favet possessori aequitas, quae non patitur, ut alter damnum sentiat, alteri ex re sua emolumentum allaturus (2). Nec ullam habet dominus fundi justam conquerendi caussam; quippe eadem impensurus fuisset.

(1) *L. In fundo* 38. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *l. Sed, an ultro* 10. §. 1. *ff. de negot. gest.* (3. 5.)

(2) *D. l.* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 708.

Quod si fingamus, dominum fundi in haec melioramenta, quamvis utilia sint, nihil fuisse impensurum, qui tamen dives sit, eadem aequitas suadet (1), ut sumptus reficiat; ipse enim ex iis emolumentum sentit; nec, si proprie loqui velimus, juste queritur, quod in rem suam impendere invitus cogatur, ut possessori faveat; quia ponimus, eum commode impendere posse: atque aliunde favore digna est possessoris conditio; qui in rem quidem alienam sumptus fecit, quam tamen suam jure, ac merito existimabat.

(1) *De qua in d. l.* 14. *ff. de cond. ind.*

§. 709.

Contra si pauper sit dominus fundi, in quem impensum est, itaut sumptus vix, ac ne vix quidem sine gravi incommodo ferre valeat: quo utriusque indemnitati prospiciatur, possessori licebit auferre, quae tolli possunt, quin deterior fiat fundus, quam initio esset, priusquam hujusmodi impensae fierent: ea etiam lege, ut praelationis jus habeat fundi dominus, quo haec retineat, dummodo paratus sit, possessori tantum pecuniae restituere, quantum his ablatis habiturus esset (1): quo fundamento etiam tradit Celsus, possessori non esse permittendum, ut tollat, quod sublatum ipsi prodesse non potest (2).

(1) *Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulcris avitis carendum habeat, sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si ab initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus, tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. D. l. In fundo* 38. *ff. de rei vindic.* (6. 1.)

(2) *Nec malitiis indulgendum est: si tectorium, puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. D. l.* 38. *in fin.*

§. 710.

Exceptio tamen modo traditae regulae, qua diximus, pauperem dominum cogi non posse, ut impensas utiles bonae fidei possessori restituat, admittit idem jureconsultus in ea specie, qua dominus receptum fundum mox venditurus sit; tunc enim amplius non viget allata aequitatis ratio, quae a restitutionis onere eundem eximat (1); cum facile possit, tum suae, tum possessoris indemnitati hac via prospicere.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es. D. l.* 38. *in fin. de rei vindic.* (6. 1.)

§. 711.

Ratio autem, cui potissimum innititur haec juris diversitas, quam hactenus exposuimus, inde repeti debet, quod, ut saepe innuimus, quaestiones hae non ex stricti juris regulis, aut constanti aliquo, et immutabili juris principio dijudicandae sint; sed ex aequitate, quae suadet, ut, quantum fieri potest, singulorum indemnitati prospiciatur, et nemo in damno haereat. Atque ideo sapientissime dixit jureconsultus, bonum judicem in his controversiis varie constituere, perpensa personarum conditione, et caussarum qualitate (1).

(1) *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti, aut conservisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis, caussisque constituet. D. l.* 38. *in princ. ff. dei rei vindicat.*

§. 712.

Dixi, durius agendum esse aliquando cum possessore malae fidei, quam cum eo, qui in rem alienam bona fide impendit (§. 704.): itaut nec impensarum necessariarum nomine aliquid repetere possit, si amplius non extent, nec utilium, si aliquo casu factum sit, ut domino fundi nequaquam prosint. Aliud quoque discrimen adhibendum esse indicat Celsus, cum ait, judicem non tantum ex caussarum, quo nomine impensae continentur, sed etiam ex personarum diversitate, varie constituturum (1). Discrimen autem in eo positum esse videtur, quod levius incommodum pati debeat fundi dominus, ut possessorem malae fidei idemnem praestet, quam eum, qui bona fide impendit, quemadmodum aequitas ipsa demonstrat: sed in his certa praestitui non potest regula. Prudenti ergo judicis arbitrio res definiri debet, qui attente perpenderit singula rerum, et personarum adjuncta: atque id quidem agat, quantum fieri potest, ut nemo in damno haereat: caeteris tamen paribus, fundi domino potius faveat (§. 709.); potissimum si adversus possessorem malae fidei quaestio instituatur (§. 704.)

(1) *D. l.* 38. *princ. ff. de rei vindic.*

§. 713.

Sed quid juris, si impensae utiles factae proponantur post litem contestatam? Restituendaene erunt possessori? Consentiunt omnes, per litis contestationem malam fidem induci (§. 684). Verum, quia etiam possessoribus malae fidei hujusmodi impensarum repetitionem competere diximus (§. 704.), ne fundi dominus cum alterius dispendio locupletetur; ab hoc percipiendo lucro repellendus non videtur, qui post litem contestatam in fundi utilitatem impendit.

§. 714.

Receptum tamen in foro tradit Faber, ut possessori restituantur quidem sumptus necessarii, sine quibus res periisset, vel deterior fuisset facta, quia de his conqueri jure nequeat fundi dominus; utilium autem nomine nec actio, nec retentio competat (1), duplici ratione. 1. Quia sumptus hi donati videntur, utpote nullo jure cogente facti (2). 2. Quia nemini permittendum sit, ut post acceptum judicium duriorem faciat adversarii conditionem (3): duriorem autem facit, qui adversarium, etiam locupletem, onerat refusione expensarum, quamvis utilium (4). Sed regula haec exceptionem habere potest,

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

cum probabilis aliqua caussa possessorem excusat (5). Sane nemo dubitat, quin liceat, possessori in hac specie auferre, quod sine rei detrimento tolli potest (§. 709.)

(1) *Fab. cod. de rei vindicat. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 16. *num. ult. in alleg.* ✠

(2) *L. Donari videtur* 29. *ff. de donationib.* (39. 5.), *l. Quae dubitationis* 81. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Quamquam autem* 4. §. 1. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arcend.* (39. 3.)

(4) *Fab. d. def.* 16. *num. ult. in fin.*

(5) *Ita suadente aequitate, qua disputatio haec potissimum regitur.* §. 711.

§. 715.

Hactenus diximus de impensis necessariis, vel utilibus: pauca dicenda supersunt de voluptuariis, quae delectationem quidem afferre possunt, vel rei speciem ornare; nullos tamen fructus pariunt, nec rei pretium plerumque augent, veluti tectorium, picturae (§. 703.). In his autem fere aequalis esse videtur cujuscumque possessoris conditio, sive bona, sive mala fide impenderit: videlicet neutri restitui debent; sed utrique permitti, ut eas auferat, quae tolli possunt, quin deterior res fiat, antequam in eam exornandam impensum esset (1): si modo possessor aliquod, iis sublatis, emolumentum percepturus sit (2).

(1) *L. Domum* 5. *in fin. cod. de rei vindic.* (3. 32.), *l. Utiles autem* 39. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.)

(2) *D. l. In fundo* 38. *in med. ff. de rei vindic.* (6. 1.)

§. 716.

Vix monendum est, quae diximus de melioris effecti praedii sumptibus necessariis, vel utilibus restituendis, intelligenda esse, salvo jure compensationis, quod fundi domino competit, cum fructibus, quos possessor ex fundo ipso percepit (§. 680.); atque hanc compensationem apertissime suadet naturalis aequitas, quae meliorationum restitutionem inducit (§. 711.). Quae tamen ad fructus ex meliorationibus preceptos utplurimum non extenditur (§. 682., et seqq.): sicut nec ad eos, quos possessor pleno, et irrevocabili jure sibi acquisivit (§. 681.)

§. 717.

Hactenus expendimus jus, quod servari debet in diversis melioramentorum generibus, inspecta etiam conditione personarum, quae in res alienas impenderunt, cum de refectione agitur. Sed quo juris remedio haec sumptuum refectio potest obtineri? Si ad Romanarum legum sanctionem animum convertamus, alibi data occasione, cum de rescindenda alienatione rei immobilis perperam a minore alienatae ageremus, solam retentionem tribui diximus (§. 659. 2.). Quamquam simul ex usu fori (1), Romanis etiam legibus innixo, quae in specialibus quibusdam caussis actionem ad repetendos melioris effecti praedii sumptus concesserunt, veluti marito, et commodatario, haeredi fiduciario pro impensis in res dotales, commodatas, vel per fideicommissum restituendas factis, actionem tribui demonstravimus (§. 662. 2.).

(1) *Cum quaestio Senatui proposita fuisset, utrum possessor, qui rem evictam restituerat, non facta mentione melioramentorum, ea adhuc repetere posset, placuit distinctio inter melioramenta utilia, et voluptuaria, itaut illa etiam post restitutionem actione rite petantur: voluptuaria autem repeti amplius nequeant, nisi rem pretiosorem reddant. Thesaur. quaest. forens. lib.* 1. *quaest.* 79. *num* 3. ✠. *Quae quidem obtinent non ex stricto jure, sed ex aequitate, quae suadet, ut nemo cum alterius jactura locupletetur. L. Nam hoc natara* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.), *l. Si et me, et Titium* 32. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 718.

Actio ergo tribuitur possessori, qui rem alienam domino restituerit, retentio vero, cum penes se adhuc rem tenet. Sed et hic plures adhibendae sunt distinctiones; melioramenta

enim vel liquida sunt, ut pragmatici loquuntur, vel illiquida; seu certo probata, et demonstrata, vel adhuc incerta. Pro melioramentis liquidis indistincte datur retentio, etiam in actione spolii (1), donec plene soluta fuerint (2). Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Ab-Ecclesia observat.* 163. *num.* 12., *et* 16. *Atque retentio haec etiam inquilino datur, et colono. L. Sed addes* 19. §. *Si inquilinus* 4., *l. Dominus* 55. §. 1., *l. penult. ff. locat.* (19. 2.)

(2) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 71. *num.* 6. ✠, *ubi retentio data fuit possessori, etiam contra creditorem anteriorem, qui hypothecae suae vi rem vindicabat, ex l. Paulus* 29. §. *Domus* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 719.

Si autem illiquida adhuc melioramenta fuerint, tunc non datur retentio, sed injungitur cautio domino vindicanti, qua spondeat, se eorum nomine soluturum, quidquid judicari postea contigerit (1). Non tamen illiquida ducimus ad retentionem melioramenta, quae specifice adhuc demonstrata non fuerunt; sufficit enim, si in genere probata fuerint, ut locus fiat retentioni favore possessoris (2); vel etiam, si breviter possint liquidari (3).

(1). *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 31. §. *ult.*, *l. ult.* §. 1. *cod. de compensationib.* (4. 31.)

(2) *Ab-Eccles. d. observ.* 163. *num.* 15., *Reg. Const. lib.* 3. *tit.* 31. §. *ult.*

(3) *Ab-Ecclesia d. num.* 15., *Reg. Const. d.* §. *ult.*

§. 720.

Sed hinc duae oriuntur quaestiones. 1. An melioramentorum exceptio opponi possit post sententiam. 2. Utrum sententiae executio differri debeat, quia restitutionem meliorамentorum, atque retentionem rei opponat possessor erga dominum condemnatus. Jure communi inspecto, jam demonstravimus (§. 659. 2.), nihil obesse, quominus post sententiam, ad retardandam ejus executionem, melioramenta in rem necessario, vel utiliter facta proferantur, quamvis de iis nulla mentio facta fuerit in sententia; quippequae potius ex naturali aequitate debentur, quam vi sententiae (1). Quamquam jure nostro, optima ratione constitutum est, ne possessori meliorationum nomine retentio detur, nisi, antequam lis ad coronidem perducta sit, eas fuerit persecutus (d. §. 659. 2.)

(1) *L. Sumptus* 48., *l. Emptor* 65. *ff. de rei vindic.* (6. 1.)

§. 721.

In altera quaestione distingui debet eodem fere modo, videlicet, utrum melioramenta in genere saltem probata sint, necne. In prima specie executio sententiae differtur, et missio in possessionem, donec sit publicarum examen super capitulis in specie datis. In altera rursus distinguendum est: si melioramenta deducta sint ante sententiam, hujus executio retardatur, donec sit pubblicatum examen super articulis propositis; cum vero deducta sunt post sententiam, hujus executio conceditur, sed praestita a domino, qui rem vindicat, cautione de his reficiendis (1). Exceptionem tamen huic regulae de jure retentionis post sententiam inesse demonstravimus (§. 659. 2.), quando possessor per fraudem protrahit judicati executionem, et sumptuum declarationem.

(1) *Atque secundum hanc distinctionem explicari potest, quod refert Sola tit. de excussionib. pag. mihi* 446. *in fine, congruam dilationem possessori concedendam esse, antequam ad restitutionem teneatur, ut melioramentorum quantitatem, et valorem demonstret. Vel etiam commode intelligitur de actione reali non vero hypothecaria; quia in actione reali non tam facile revocatur possessio, etiamsi melioramenta non solvantur, quam in hypothecaria per jus offerendi.*

§. 722.

Reliquum est, ut de melioramentorum aestimatione dicamus, quae tria complectitur; videlicet eorundem substantiam, modum, quo aestimatio fieri debeat, et tempus, quo aestimantur. Quod pertinet ad primum, consentiunt omnes, impensas ex eo computari

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

ex quo melioratus est fundus, non autem ex eo, quod impensum est (1); cum enim impensarum restitutio inducta sit ex aequitate, quae non patitur, ut alter cum alterius dispendio locupletetur (§. 711.), imponi nequit domino rem suam vindicanti onus, ut possessori reficiat impensas, quarum emolumentum non percipit.

(1) *L. Paulus respondit* 29. §. *Domus* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 723.

Neque objiciatur, aequitatem desiderare, ut a damno immunis sit, qui culpae expers dignoscitur: adeoque, saltem possessori bonae fidei, sumptus restituendos esse, quamvis forte amplius non subsistant, nec impensae domino prosint: exemplo ejus, qui haereditatem possedit (1), aut alterius negotia gessit (2); etenim jam animadvertimus (§. 679.), haereditatis possessorem a caeteris possessoribus distingui; ille quandam rerum universitatem tenet, et leges voluerunt, ut nec in lucro, nec in damno sit: quo factum, ut possessor haereditatis, quamvis bonae fidei sit, fructus ante litem motam consumptos restituere teneatur, quatenus ex illis factus est locupletior (d. §. 679.). Hic vero agimus de possessore rerum singularum; quem, maxime si bona eum adjuvet fides, indemnem quidem leges volunt, sed sine alterius dispendio (§. 711.). Verbo dicam, cum sumptus non profuerunt, alteruter in damno haerere debet, aut possessor, qui impendit, aut dominus, qui fundum vindicat. Aequius autem legislatoribus visum est, nec immerito, ut rei jacturam ferat, qui sua sponte, et proprio nomine erogavit; quam alteri onus injungatur reficiendi hujus damni.

(1) *L. Quod si sumptum* 37. *ff. de haereditat. petit.* (5. 3.), *l. Plane* 38 *in fin. ff. eod. tit.*

(2) *L. Sed. an ultro* 10. §. 1. *ff. de negot. gest.* (3. 5.)

§. 724.

Atque hinc patet responsio ad aliud argumentum, quod ex negotiorum gestore eruitur (1); ille siquidem non proprio, sed alterius nomine sumptus fecit; adeoque damnum sustinere non debet, dummodo tamquam bonus paterfamilias impenderit (2): quemadmodum de tutore, et curatore traditur (3). Atque hanc discriminis rationem aperte indicat Imperator Gordianus (4).

(1) *D. l. Sed, an ultro* 10. §. 1. *ff. de negot. gest.*

(2) *D. l.* 10., *et d.* §. 1.

(3) *D. l. Plane* 38. *in fin. ff. de haeredit. petit.*

(4) *In l. Domum* 5. *in med. cod. de rei vindicat.* (3. 32.)

§. 725.

Sed quid dicendum, si graves fuerint expensae, modicum autem melioramentorum incrementum; vel contra parum impensum sit, et multum profuerit? Generalis in hac re statuitur regula, semper, quod minus est, refici debere, itaut dominus id tantum restituat, quo pretiosior factus est fundus; vel quod impensum est, si ex sumptibus praedio amplius accesserit (1). Atque assertio haec ex dictis apertissime sequitur; quippe stricto jure melioramenta ad fundi dominum pertinent, accessionis vi (2): aequitas autem, quae refectionem impensarum suadet (§. 711.), non postulat, ut plus restituatur, quam impensum est; vel omne, quod impensum fuit, cum melioramentorum nomine fundo tantum non accessit (§. 723.).

(1) *Finge, et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est: et, si plus pretii fundo accessit, solum, quod impensum est. L. In fundo* 38. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(2) §. *Cum in suo* 29., *et seqq. instit. hoc tit.*

§. 726.

Ex his sponte fluit, in aestimando melioramentorum valore non inspici tempus, quo factae sunt impensae; sed quo possessor rem domino restituit (1); alioquin enim facile

contingere posset, ut plus oneraretur, qui rem accipit, quam utilitatis percepturus sit ex sumptibus; quod aequitas non patitur (§. praeced.) Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Fab. cod. de fruct., et lit expens. lib.* 7. *tit.* 18. *def.* 72.

§. 727.

Quae de melioramentorum aestimatione hactenus tradidimus, passim probantur; sed acriter disputatur de eo casu, in quo melioramenta plus valeant, quam impensum est ab initio, quia creverit eo tempore, quo res restituenda est, aestimatio rerum, et operarum. Quidam putant, etiam in hac specie, quod minus est, refici debere, quia, amplius ex aequitate desiderare nequeat possessor, etiamsi bonae fidei sit (§. 725.)

§. 728.

Aliis placet, tempus restitutionis, seu praesentem rerum valorem inspiciendum esse, tum ex regula generali modo tradita, et passim ab omnibus probata (§. 726.), tum ex Papiniani sententia, qui speciem expendens de domibus, ex caussa fideicommissi restituendis, quas haeres gravatus, postquam casu fortuito combustae fuerant, denuo suis nummis extruxerat, respondit, easdem restituendas esse, deductis sumptibus, atque examinatis aetatibus, idest, ut ipsi interpretantur, inspecta earundem vetustate (1).

(1) *L. Domos* 58. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 729.

In hoc interpretum dissensu placuit olim Senatui nostro distinctio inter impensas voluptuarias, seu utiles, et necessarias: itaut aestimatio necessariarum ex tempore restitutionis desumatur; quia necessariae etiam tum fieri deberent, et tanti aestimarentur, ac solverentur: adeoque queri non potest dominus, qui nullum patitur damnum: in caeteris vero tantum computetur, quod ab initio fuit impensum (1); ne alioquin nimis oneretur dominus, qui forte sumptus illos non erogasset. Atque haec quidem distinctio optima ratione nititur; quae tamen non impedit, quominus ex singularibus adjunctis judex mediam quandam viam amplecti possit: maxime si de melioramentorum valore certo, et determinate non constet (2).

(1) *Thes. dec.* 251. *in addit. litt. A.* ✠

(2) *L. In fundo* 38. *ff. de rei vind.* (6. 1.)

§. 730.

Cum de valore melioramentorum quaeritur, magis recepta est ratio, qua judicio peritorum res haec committatur. Verum, quia saepe contingit, ut periti inter se dissentiant; atque periculi plena haec via est, idcirco satius definienda relinquitur quaestio haec prudentis judicis arbitrio (1), qui singula rerum, et personarum adjuncta perpenderit; quique etiam moveri poterit ex incremento pretii in posteriori venditione, maxime si haec sub hasta fuerit celebrata, quia tanti res esse non immerito creditur, quanti potest vendi (1).

(1) *D. l.* 38. *ff. de rei vindicat.*

(2) *L.* 1. §. *Si haeres* 16. *ff. ad Sen. Consult. Trebell.* (36. 1.) *V.* §. 658. *Tom. II. V. de hac re singularem speciem a Sen. Sabaudo definitam apud Fabrum cod. de distract. pignor. lib.* 8. *tit.* 17. *def. ult., in qua Senatus ex aequitate creditori hypothecario concessit, ut nova fieret subhastatio, quia pretium ex priore venditione redactum vix sufficiebat reficiendis sumptibus a possessore in rem factis.*

§. 731.

Unum hic superest, quod notatu dignum videtur, nempe possessori praeter melioramenta reficiendas etiam esse impensas, quas utiliter fecerit, puta pro tuenda libertate praedii; has enim dominus ferre coactus fuisset; adeoque inter necessarias computari debent (1). Aliud sane affirmandum, si temere litem instituerit, vel defenderit.

(1) *D. l. In fundo* 38. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 732.

Explicatis iis, quae ad fructuum acquisitionem, et melioramenta pertinent, cum de possessore bonae, vel malae fidei agitur, reliquum est, ut Justiniani exemplo pauca dicamus de usufructuario, et colono: alibi de his fusius, quia opportunius acturi. Atque primum de usufructuario, de quo duo tradit Imperator. 1. Fructus usufructuario non acquiri, nisi ipse eos perceperit. 2. Eo decedente, antequam fructus collegerit, illos ad proprietatis dominum pervenire, non in haeredem transferri (1). Breviter utrumque caput exponamus.

(1) §. *Is vero* 36. *instit. hoc tit.*

§. 733.

In primis ergo usufructuarius suos fructus non facit, nisi vel ipse, vel alius ipsius nomine eos collegerit (1); quamvis possessori bonae fidei acquirantur statim ac separati sunt a solo (2). Quod si sponte ab arbore decidant vel extraneus proprio nomine eos colligat, ad fructuarium pertinere non judicantur, nisi eorum possessionem nactus sit; sed ad proprietarium, cui soli leges vindicationem tribuunt: quamquam fructuario actio furti competit, quia ipsius interest (3). Haec autem regula unicam admittit exceptionem in foetibus animalium, qui geniti mox usufructuarii fiunt: utpotequia natura ipsa ita dixerim, fructum a stipite dividit; et factum hominis excludit (4).

(1) *D.* §. 36. *instit. hoc tit.*, *l. Si fructuarius* 13. *in fin. ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* (7. 4.)

(2) *L. Qui scit* 25. §. 1. *ff. de usur.* (22. 1.), *l. Bonae fidei* 48. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Arboribus* 12. §. *Julianus* 5. *ff. de usufr.* (7. 1.)

(4) *L. In pecudum* 28. *ff. de usur.*

§. 734.

Discriminis ratio, quod fructuarium inter, et possessorem bonae fidei leges constituerunt in fructuum acquisitione, ex eo repeti debet, quod possessor fructus suos facit jure soli, cujus veluti dominus consideratur (1): contra usufructuarius proprietarii nomine, et jure fructuum dominium comparat; atque ideo naturaliter quidem, non autem civiliter, possidere dicitur (2).

(1) *L. Qui scit* 25 *ff. de usur.*, *d. l. Bonae fidei* 48. *ff. hoc tit.*

(2) *Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet. L. Naturaliter* 12. *ff. de acquirend., vel amittend. possession.* (41. 2.)

§. 735.

Cum fructuarius fructus sibi non acquirat, nisi ipse per se, vel per alterum eos colligat, consequens est, fructuario decedente, priusquam fructus a solo fuerint separati, in ejus haeredes non transferri, sed proprietario cedere (1); quae enim jura personae cohaerent, in quorum numero ususfructus est (2), cum persona intereunt, nec in haeredes transferuntur (3). Quod si fingamus, ab usufructuario perceptos fuisse nondum maturos fructus, haeredi quaeruntur, si ususfructus ad id usque tempus perduraverit, quo maturi fieri solent, alioquin de damno erga proprietarium tenetur (4).

(1) *D.* §. *Is vero* 36. *instit. hoc tit.*

(2) §. *penult. instit. de usufruct.* (2. 4.)

(3) *L. Sicut in annos* 3. §. *ult. ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* (7. 4.)

(4) *L. Si absente* 48. §. 1. *ff. de usufr.* (7. 1.), *l. In fructu* 42. *ff. de usu, et usufr. legat.* (33. 2.), *l. Si servus* 27. §. *Si olivam* 25. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.)

§. 736.

Neque interest, aut usufructuarii haeredibus prodest, quod ille agrum conseverit, aliosque sumptus ad culturam utiles, vel necessarios fecerit; fructus enim ad proprietarium pertinent, quamvis maturis, non autem collectis, usufructuarius decesserit (1). Nec conqueri juste potest haeres, quod fructus sibi auferantur, ut ad proprietarium

perveniant; quasi fructus pleno jure acquirere debeat, qui fundum coluit; nam leges alitud in hac re merito constituerunt, ut aequalitas hinc inde servetur; quippe usufructuarius, testatore, fructibus jam maturis, decedente, eos nanciscitur, etiamsi nihil impenderit (2).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *D. l.* 3. §. *ult. ff. quib. mod. ususfr. amitt.* (7. 4.)
(2) *L. Si pendentes* 27. *ff. de usufruct.* (7. 1.)

§. 737.

Sed acriter controvertunt interpretes, utrum impensae haeredibus fructuarii restitui debeant, necne. Affirmant aliqui; quia fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis (1). Negant alii; quia eadem debeat esse ratio finiendi, ac constituendi ususfructus: cum ergo usufructuarius hujusmodi impensas non reddat, quando accipit usumfructum (2): neque ei restitui debent, cum usumfructum amittit; ut ita servetur aequalitas, et naturalis ratio, quae vult, ut incommoda rei ferat, qui ejusdem commodis utitur (3).

(1) *L. Fructus* 7. *ff. solut. matrim.* (24. 3.)
(2) *D. l. Si pendentes* 27. *ff. de usufr.* (7. 1.)
(3) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.*

§. 738.

Neque nocet Ulpiani responsum (1); agit enim jureconsultus de marito, cujus longe diversa caussa est, ac fructuarii; quippe hic sine ullo onere fructus ex fundo percipit: contra maritus gravissima matrimonii onera subire tenetur, quae cum ad mortem usque sustinuerit, etiam fructus, impensis deductis, lucrari debet (2).

(1) *In d. l. Fructus* 7. *ff. solut. matrim.*
(2) *D. l.* 7. §. 1., *et l. Si alienam* 11. *ff. eod. tit.*

§. 739.

Postquam de jure usufructuarii obiter egit Justinianus, res quasdam speciatim commemorat, de quibus forte dubitari poterat, utrum in fructu essent, necne. Itaque, in pecudum fructu computari ait non tantum lac, pilum, et lanam, sed etiam foetus (1): ea tamen lege, ut in locum demortuorum capitum alia ex foetubus submittat (2). E numero fructuum eximi debent ancillarum partus, qui ad proprietarium spectant; tum quia absurdum est, ut ait Imperator, hominem in fructu esse, cujus gratia rerum natura omnes fructus comparavit (3); tum potius, quia ancillae eo fine comparantur ut serviant, non ut pariant (4).

(1) §. *In pecudum* 37. *instit. hoc tit.*
(2) §. *Sed si gregis* 38. *instit. hoc tit.*
(3) *D.* §. 37. *instit. hoc tit.*
(4) *L. Ancillarum* 27. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.)

§. 740.

Eadem fere de colono, ac de fructuario servari addit Justinianus (1): quo innuit, in aliquibus utrumque convenire, in quibusdam discrepare. Conveniunt autem in eo, quod neuter fructus suos facit, nisi per se, vel per alium eos perceperit, itaut proprietario acquirantur, si alius proprio nomine eos perceperit (2). Sed differunt in eo, quod conductio morte coloni non finitur, adeoque in haeredes transit, ad quem fructus nondum percepti spectant (3).

(1) *Eadem fere et de colono dicuntur. D.* §. *Is vero* 36. *in fin. instit. hoc tit.*
(2) *L. Cum in plures* 60. §. *Messem* 5. *ff. locat.* (19. 2.)
(3) §. *ult. instit. de locat., et conduct.* (3. 25.)

§. 741.

Praeter colonum, seu conductorem, qui mercedem fundi domino solvit, atque fructus omnes percipit, alius quoque colonus est, quem jureconsulti partiarium vocant, qui fundum colit ea conditione, ut fructus cum domino dividat, vel aequaliter, vel

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

prout convenerit; hic jure quodam societatis et lucrum, et damnum cum domino fundi partitur (1). In caeteris autem a conductore differre non videtur: utpotequia nihil interest, utrum quis mercedem, an operas praestet, quo fructus acquirat.

(1) *L. Si merces* 25. §. *Vis major* 6. *in fin. ff. locat.* (19. 2.)

§. 742.

Explicatis iis, quae pertinent ad priores duos acquirendi jure gentium dominii modos, occupationem videlicet, et accessionem, quaecumque ea sit, naturalis, industrialis, vel mixta, superest, ut de traditione disseramus, quae postremum inter eos locum tenet, quatenus per illos adipiscimur res, quae antea in nullius dominio erant, vel esse fingebantur; atque ideo originarii dicuntur: per traditionem vero earum rerum dominium comparamus, quae eodem dominii jure prius ad alium pertinebant: quo factum, ut traditio modus derivativus appelletur.

SECTIO III.

De traditione.

SUMMARIA.

Traditio rerum immobilium nihil aliud est, quam missio in possessionem: mobilium est de manu in manum translatio. §. 743.

Traditio dividitur in veram, et fictam: vera in propriam, et impropriam. Propria obtinet in rebus corporalibus, impropria in incorporalibus. §. 744.

Traditio ficta triplici modo fit, brevi manu, longa manu, et symbolo. Brevi manu fieri dicitur, cum res, apud aliquem existens alio titulo, penes eum relinquitur. §. 745.

Traditio longa manu fit, cum res in conspectu posita oculis fingitur apprehendi §. 746.

Symbolica intervenit, cum datur res, qua alterius traditio significatur: veluti si tradantur instrumenta, aut claves horrei. §. 747. *et* 748.

Traditiones longa manu, et symbolo vim non habent, nisi praesentes sint contrahentes, et res, de quibus contrahitur. §. 749.

Contrahentium praesentia non desideratur, cum traditio fit per constitutum, ut vocant, possessorium. §. 750.

Traditio necessaria est ad transferendum dominium, jure quidem civili, non naturali. §. 751. *et* 752.

Non requiritur vera traditio, sed sufficit ficta, cujuscumque generis sit: sola etiam legis potestate dominium ab uno in alterum transferri potest. §. 753.

Traditio vix aliquando praesumitur, sed probari debet: nisi forte quis in possessione sit. §. 754.

Praeter traditionem, ut dominium transferatur, justus quoque titulus requiritur. §. 755.

Donatio regulariter non praesumitur. §. 756.

Si accipiens alio titulo accipiat, quam tradens det, neuter autem titulus habilis sit ad transferendum dominium, nulla est traditio. §. 757. *et* 758.

Quod si ex utroque titulo dominium transferatur, vires suas traditio exerit §. 759.

Explicatur Ulpiani responsum, quo docet, nec donationem, nec mutuum esse in ea specie, qua unus titulo donationis tradiderit, alter ex mutuo acceperit. §. 760.

Emendari non debet lex, neque Ulpiani sententia ad juris severitatem referri. §. 761. *et* 762.

An Ulpianus a caeteris jurisconsultis dissenserit? §. 763.

Pecunia duplici sensu dici potest non fieri accipientis; vel ita, ut accipiens ejus dominium nullatenus acquirat; vel ut non acquirat dominium perfectum, et irrevocabile. §. 764.

Inst. l. 2, tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

In proposita specie nummi nondum consumpti repeti possunt: per consumptionem autem donatio perficitur; saltem si accipiens re cognita in donationem consenserit. §. 765. *et* 766.

Si alter titulo mutui pecuniam tradat, alter ex donatione accipiat, dominium quidem transfertur, sed pecunia restitui debet. §. 767.

Praeter haec, ut dominium transferatur per traditionem, quaedam conditiones desiderantur in dante, in accipiente, et in re, quae traditur. §. 768.

In primis non aliter traditio valet, quam si tradens dare possit, idest dominus rei sit, et liberam habeat rerum suarum administrationem. §. 769.

Valet traditio domini nomine per alium facta: veluti per procuratorem, tutores, curatores, vel etiam vi legis. §. 770.

2. *Requiritur, ut dominus velit rem in alium transferre: quod non praesumitur, nisi se rei dominum sciat.* §. 771.

An dominium transferatur, cum quis rem suam alterius mandato tradit, quam mandantis existimat? §. 772.

Non transfertur in hac specie dominium, nisi procurator ipse contractum celebraverit: procurator autem a mandante indemnis servari debet. §. 773. *et* 774.

Accipiens in ea conditione esse debet, ut possit, et velit dominium rei acquirere §. 775.

Dominium rei transfertur, quamvis persona accipientis danti cognita non sit. §. 776.

Tandem dominium rei transferri non potest, nisi res sit in commercio, tum absolute, tum ratione accipientis. §. 777.

Rei etiam certitudo necessaria est, ut dominium per traditionem transferatur. Quandonam res dicatur certa? §. 778.

Peculiare est in venditione, ut dominium rei venditae, et traditae emptor non acquirat, nisi pretium solverit, vel pignus dederit, aut fides de praetio ipsi habita sit. §. 779.

Cur in caeteris contractibus per solam traditionem dominium transferatur: non in venditione? §. 780.

Ex sola rei traditione, quamvis venditor pretium non petierit, praesumi nequit habita fides de pretio. §. 781.

§. 743.

Traditio, postremus jure gentium acquirendi dominii modus, nihil alind est, quam de manu in manum translatio, si de rebus mobilibus agatur: vel in possessionem missio, cum res immobiles, quae de loco ad locum transferri nequeunt, tradendae sunt.

§. 744.

Distinguitur traditio in veram, et fictam. Vera traditio proprie tantum obtinere potest in rebus corporalibus, quaecumque sint, mobiles, aut immobiles: incorporales autem, quales sunt jura, et servitutes, quaeque nec de manu in manum transferri possunt, nec earum proprie ulla possessio est (1), tradi videntur, cum dominus earum usum alteri concedit (2).

(1) *Incorporales res traditionem, et usucapionem non recipere, manifestum est. L. Servus* 43. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. L. ult. ff. de servitutib.* (8. 1.)

§. 745.

Triplex adhuc secernitur in jure fictae traditionis species; brevi manu, longa manu et symbolo. Brevis manus traditio intervenit, cum res, jam apud alium existens, ex

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

nova caussa apud eundem relinquitur; atque ita nova traditio fieri videtur: quod facilioris commercii caussa inductum fuit: puta si rem alteri commodatam, locatam, vel apud eum depositam, venditionis, vel donationis titulo penes possessorem relinquam; hujusmodi caussae, seu tituli immutatio novae traditionis vices obtinet (1).

(1) §. *Interdum* 44. *instit. hoc tit.*

§. 746.

Longa manu traditio fieri dicitur, cum res, in conspectu eminus, vel cominus posita, sola voluntate traditur alteri, qui eandem se recipere demonstrat (1): atque ejus possessionem oculis, quasi longis manibus, ut ajunt, apprehendit.

(1) *L. Pecuniam* 79. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

§. 747.

Demum symbolo traditio fit, cum aliquid datur, quod alterius rei traditioni significandae aptum est: puta si tradantur claves horrei, aut alterius promptuarii, tum frumentum, tum merces quaecumque in eo positae sunt, dari videntur (1); dummodo, ait Papinianus, claves apud horrea traditae fuerint (2): quam tamen conditionem levem, nec omnino necessariam existimant aliqui (3). Sane nemo dubitat, quin traditis longe ab horreo clavibus saltem facultas transferatur possessionis propria auctoritate apprehendendae (4).

(1) *L. Qua ratione* 9. §. *Item si quis merces* 6., *l.* 45. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Clavibus traditis* 74. *ff. de contrahend. empt.* (18. 1.)

(3) *Brunneman. in Pandect. ad d. l.* 74.

(4) *Brunneman. ibid. num.* 5., *Fab. cod. de acquir., vel amittend. possess. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 9.

§. 748.

Neque desunt alia hujusmodi symbolicae traditionis exempla: veluti si emptionis instrumenta alteri dentur, quibus ipsius rei donatio significatur (1): quamquam ex eo, quod quis instrumentum penes se habeat, non necessario consequitur jus habere ad agendum, praesertim nomine proprio; nisi probet, se illud a dominio habuisse (2). Idem est, si emptor rei custodiam apposuerit (3), vel eandem signaverit (4): praeterquam si alio consilio res fuerit signata (5).

(1) *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis, et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem, et traditionem factam intelligis: et ideo potes, adversus donatorem in rem actionem exercere. L.* 1. *cod de donationib.* (8. 54.)

(2) *Fab. cod. de contrahend. emption. l.* 4. *tit.* 28. *def.* 9.

(3) *L. Quarumdam rerum* 51. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

(4) *L. Quod si neque* 14. *ff. de peric., et commod. rei vendit.* (18. 6.)

(5) *Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait, traditum id videri: Labeo contra. Quod et verum est; magis enim, ne summutetur, signari solere, quam ut tradere tum videatur. L.* 1. §. *Si dolium* 2. *ff. eod. tit.*

§. 749.

Verum fictae traditiones, quas hactenus commemoravimus, vim suam exerere, aut verae traditionis vices sustinere aptae non sunt, nisi praesentes sint, qui contrahunt (1); atque praeterea adsit res ipsa, de qua contrahitur, si longa manu traditio fiat (2). Excipiunt tamen passim interpretes traditionem, quae brevi manu fieri dicitur; cum enim haec tamquam prioris traditionis reiteratio consideratur, a qua vim sua omnem habet (§. 744.), hujusmodi conditiones desiderare non videtur.

(1) *L. Falsus creditor* 43. §. *Si is, qui indebiti* 2. *ff. de furtis* (47. 2.), *l. Ejus rei* 46., *juncta l.* 47. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(2) *L.* 1. §. *Si jusserim* 21. *ff. de acquirend. possess.* (41. 2.) *V.* §. 745.

§. 750.

Fictis hisce traditionum speciebus alia adjungi potest, cujus apud omnes fere gentes hodie maximus est usus, per quam, non quidem dominium, sed possessio transfertur, quae ad dominii acquisitionem viam sternit, atque *constitutum possessorium* vulgo appellatur; quod tunc contingit, cum quis alterius nomine se possidere constituit rem, quam antea proprio nomine possidebat (1). Haec autem possessionis transferendae ratio neque rerum, neque personarum contrahentium praesentiam requirit, utpotequae solo animo perficitur (2): atque ratihabitione praesentiam supplet. Sed de hoc infra opportunius, ubi de possessione disseremus. Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(1) *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi caussam possessionis: sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio. L. Quod meo* 18. *ff. de acquirend. possess.* (41. 2.)

(2) *D. l.* 18. *ff. de acquirend. possess.*

§. 751.

Ex iis, quae de traditionis substantia, et diversis speciebus hactenus diximus, non obscure colligitur ejus necessitas, ut dominium ab uno in alterum transferatur, quin solus contrahentium consensus hunc effectum parere possit: *traditionibus enim*, ajunt Imperatores, *et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis*, transferuntur (1). Atque regula haec ita firma, et constans est, ut vix unam, aut alteram exceptionem admittat. Quare non tantum in privatis contractibus locum habet (2); sed et in illis, qui publica auctoritate firmantur, veluti in venditione sub hasta, itaut nec per sententiam quidem Senatus sine traditione dominium transferatur (3).

(1) *L. Traditionibus* 20. *cod. de pact.* (2. 3.)

(2) *Veluti in permutatione. Faber cod. de rer. permutat. lib.* 4. *tit.* 41. *def.* 2. *num.* 9. *in corpor.*

(3) *Quippequae a regula generali nullibi invenitur excepta.*

§. 752.

Dissentiunt interpretes, utrum traditio naturali jure necessaria sit ad transferendum dominium, an sola legum civilium sanctione. Probabilius defenditur, jus naturale nihil amplius requirere, ut dominium transferatur, quam consensum dantis: quamquam sapienter ita constituerunt civiles legislatores, ut indemnitati dominorum prospiciatur, atque litibus, quàe alioquin facile exoriri possent, intercludatur aditus. Sane, si traditionis necessitas a jure naturali inducta esset, vim habere non possent fictae traditiones, quae legibus civilibus accepto ferendae sunt, quaeque passim ab omnibus probantur.

§. 753.

Quidquid tamen sit de hac questione, consentiunt omnes, veram, et propriam traditionem non semper necessariam esse; sed sufficere fictam, cujuscumque ea generis sit (1): imo etiam sine ficta traditione, sola legis potestate, dominium ab uno in alium transferri (2). Exempla dominii legis vi translati suppeditant legata, et mortis caussa donationes (3): atque his addi possunt dos, et res donatae ob nuptias, quarum dominium sine traditione transferri ex communi omnium auctorum doctrina, ob singulare privilegium, auctor est Thesaurus (4): non tamen possessionem (5); quia haec, cum facti potius, quam juris sit, difficilius juris fictione, vel sanctione inducitur.

(1) §. *Qua ratione* 43, *et sequ. instit. hoc tit.*, *l. Pecuniam* 79. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(2) *Ulpianus in fragment. tit.* 19. §. *Singularum rerum* 2., *Fab. cod. de. acquir.*, *vel amitt. possess. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 7. *Quamquam vero dominii translatio*, *praesertim quae fit sola legis potestate*, *neque ad tempus*, *neque in diem fieri potest, quia caussa transferendi dominii debet esse perpetua*; *nil tamen impedit*, *quominus revocabile sit. Fab. cod. de secund. nupt. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 16. *V.* §. 1121. *Tom. I.*

(3) *L.* 1. §. *ult.*, *l.* 2. *ff. de public. in rem act.* (6. 2.)

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(4) *Thes. dec. 48. num. 1.*
(5) *Thes. ibid. num. ult.* ✠

§. 754.

Quaeri hic solet, an traditio aliquando praesumatur. Sunt, qui distinguunt; utrum de traditionis substantia, an de ejus tempore disputetur: ut substantia traditionis evidenter probari debeat; leviores autem probationes, et conjecturae admittantur, cum incertitudo unice versatur circa tempus. Haec quidem distinctio omnino reprobari nequit; generalis tamen regulae instar constitui potest, traditionem, quia res facti est, vix unquam praesumi (1): nisi forte quis possessionem rei habeat: cum enim dominium ex possessione probari receptum sit (2), consequens videtur, inde quoque traditionis, per quam dominium transfertur, praesumptionem elici posse.

(1) *L. Quoties operae* 18. *ff. de probationib.* (22. 3.)
(2) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 40.

§. 755.

Simplex autem traditio non sufficit, ut rei dominium transferatur, nisi et simul justus adsit titulus, sive titulus aptus ad transferendum dominium, qui a legibus non reprobetur (1), veluti venditio, donatio, permutatio, et similes (2); nemo enim, nisi justam habeat caussam, praesumitur, re sua carere velle, quo alter locupletetur; idcirco traditur, facilius transferri dominium sine traditione, quam sine justo titulo (3). Quinimo utile rei emphyteuticariae dominium per traditionem, justo etiam titulo munitam, non transferri sine investitura ex communi sententia tenet Sola, nisi contraria vigeat consuetudo (4).

(1) *L. Quemadmodum* 7. *cod. de agricol., et censit.* (11. 47.)
(2) *Nunquam nuda traditio transfert dominium; sed ita, si venditio, aut aliqua justa caussa praecesserit, propter quam traditio secuta sit. L. Nunquam nuda* 31. *ff. hoc tit., l. Nullo* 23. *cod de rei vindic.* (3. 32.), *Fab. cod. de distract. pignor. lib.* 8. *tit.* 17. *def.* 4. *in princip. Quare, cum pignus eo fine inductum sit, ut securitas creditori praestetur, sola bonorum oppignoratio non transfert dominium in creditorem, licet triginta, et amplius anni praeterierint, et toto intermedio tempore creditor possederit. L. Qui praedium* 13. *cod. de distract. pignor.* (8. 28.), *Thesaur. quaest. forens. lib.* 1. *quaest.* 7. *num.* 5.
(3) *L.* 1. *princ., et* §§. *seqq. ff. de public. in rem act.* (6. 2.)
(4) *Sola decret. Rempublicam par.* 2. *Gloss.* 1. *num.* 3. *pag. mihi* 39.

§. 756.

Neque objiciatur, donationem, quae justi tituli vices gerit, praesumendam esse, quando alter titulus deficit (1): cum enim homines rebus suis ut plurimum tenacissime adhaereant, atque alienis inhient, donatio nunquam existimatur, nisi aperte de ea constet (2).

(1) *L. Campanus* 47. *ff. de oper. libertor.* (38. 1.)
(2) *L. Cum de indebito* 25. *ff. de probat.* (22. 3.) *juncta l. Si aliquis* 7. *ff. de mortis caus. donationib.* (39. 6.), *et l. Sive possidetis* 16. *cod. eod. tit.* (4. 19.)

§. 757.

Acriter hic controvertitur inter juris interpretes de ea specie, qua quis rem ex uno titulo tradat, alter ex alia caussa accipiat, sive ex alio titulo: puta rem tradens donare intendit, alter mutui nomine, vel commodati accipit. In hac quaestione distinguendum est, utrum titulus, quem hincinde prae oculis habuerunt contrahentes, idoneus sit ad dominium transferendum, necne.

§. 758.

Cum titulus aptus non est ad dominium transferendum: puta si Titius rem deponere velit, alter tanquam mutuam accipiat, nulla est traditio, sive non efficit, ut dominium accipienti quaeratur (1); deficiente consensu in altero ex contrahentibus (2): adeoque errore substantiali vitiatur contractus (3): quamvis ex dissensu in accidentalibus irritus non fiat (4).

(1) *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum, nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam, ostendendi gratia, accepi. L. Si ego pecuniam* 18. §. 1. *ff. de reb. credit* (12. 1.) Inst. l. 2, tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

(2) *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. L. In omnibus rebus* 55. *ff. de obligat. et action.* (44. 7.)

(3) *L. In omnibus negotiis* 57. *ff. eod. tit.*, *l. In venditionib.* 9. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(4) *D. l.* 9. §. 1.; *l. Aliter* 10., *et sequ. ff. eod. tit.*

§. 759.

Quod si unus donare velit, mutui titulo alter accipiat, non dubium, quominus dominium transferatur; uterque enim in eandem rem quoad substantiam, videlicet quoad dominii translationem, conveniunt, quamvis in tituli indole discrepent (1).

(1) *Cùm in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in caussis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio. Veluti ..... si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat, proprietatem ad te transire; nec impedimento esse, quod circa caussam dandi, atque accipiendi dissenserimus. L. Cum in corpus* 36. *ff. hoc tit.*

§. 760.

Verum Juliano contrarius videtur Ulpianus; hic enim eandem speciem expendens, qua Titius donaturus tradiderit, Sempronius quasi mutuam pecuniam acceperit, in primis quidem ex Juliani sententia respondet, donationem non esse (1). Atque in hoc uterque jureconsultus eadem sentit, et merito; donatio enim, quam donatarius non acceptavit, viribus subsistere non potest (2). Difficultas igitur in verbis sequentibus est, quibus asserere videtur, nec mutuum esse, nec nummos accipientis fieri, quia alia opinione accepit (3).

(1) *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. L. Si ego pecuniam* 18. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *D. l. In omnibus rebus* 55, *et d. l. In omnibus negotiis* 57. *ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)

(3) *Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse; magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. D. l.* 18. *in princ. ff. de reb. credit.*

§. 761.

Non una hujusce textus profertur interpretatio, ut cum Juliano consentire videatur Ulpianus. Aliqui Julianum (1) explicant de pecunia debita, adeoque pro *pecuniam creditam* legendum existimant *pecuniam debitam.* Sed rejici omnino debet haec legis inopportuna emendatio; utpotequae satis legitimo fundamento non innititur, nec necessaria est (§. 121. D.)

(1) *In d. l. Cum in corpus* 36. *ff. hoc tit.*

§. 762.

Sunt, qui putant, Julianum ad aequitatem respexisse (1): Ulpianum vero juris severitati responsum suum accommodasse: atque interpretationem hanc ex eo firmant, quod idem jureconsultus fatetur, nummos consumptos condictione quidem peti posse, quae tamen opposita doli exceptione elidatur; quia secundum dantis voluntatem consumpta pecunia fuerit (2).

(1) *In d. l.* 36. *ff. hoc tit.*

(2) *Quare, si eos consumpserit, licet condictione teneatur, doli tamen exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. D. l.* 18. *in fin. princ. de reb. credit.*

§. 763.

Non desunt, qui aperte fatentur, Ulpianum a Juliano dissentire: vel qui conciliationis unam esse rationem putant, videlicet ut particula negativa detrahatur ex Ulpiani

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

responso, atque legunt (1), *magisque nummos accipientis fieri.* Prior sententia, quae forte veritati magis consona est, iis tamen placere non potest, qui omnia inter se perfecte cohaerere existimant in Romana jurisprudentia (2). Posteriorem respuunt genuinae interpretationis leges (d. §. 121. D.)

(1) *In d. l.* 18. *ff. de reb. credit.*

(2) *V. quae de his diximus* §. 116. *D.*

§. 764.

Demum interpretes quidam, ut Ulpianum Juliano consocient, ajunt, duplici sensu intelligi posse, quod ait Ulpianus (1), nummos accipientis non fieri: videlicet itaut eorum dominium penes donatorem remaneat: aut ita, ut accipiens dominium perfectum, et irrevocabile non acquirat, quamvis hoc esset dantis consilium, deficiente ex parte accipientis consensu in donationem. Sane idem Ulpianus discrimen agnoscit inter modos accipiendi; quatenus accipere quis potest, vel ut habeat, vel ut restituat: ita tamen ut non videatur quis capere, quod sit restituturus (2). Atque eadem distinctio placuit Gajo (3).

(1) *In d. l.* 18. *ff. de reb. credit.*

(2) *Aliud est capere, aliud accipere.* Capere *cum effectu accipitur:* Accipere *est, si quis non accepit, ut habeat, ideoque, non videtur quis capere, quod erit restituturus. L. Aliud est capere* 71. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

(3) *Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est, alii restituere. L. Non videtur* 51. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 765.

Ulpianus ergo in eorum sententia nihil aliud significare voluit (1), quam nummos ab accipiente restituendos esse, prout fert mutui natura: saltem si nondum consumpti sint; utpote dati sine caussa, quatenus donationis titulus ob defectum consensus in donatario subsistere non potuit (2). Quod si nummos accipiens consumpserit, exceptionem doli habiturum contra dantem, ex cujus voluntate consumpti fuerunt (3); ut ita consumptione perficiatur donatio, quae ab initio imperfecta erat ex parte donatarii, qui eidem non consenserat.

(1) *In d. l.* 18. *ff. de reb. credit.*

(2) *L.* 1. §. 1. *ff. de condict. sine caussa* (12. 7.).

(3) *Quare, si eos consumpserit, licet condictione teneatur, doli tamen exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. D. l.* 18. *in fin princ.*

§. 766.

Sed non ita facile hujusmodi interpretatio cum generalibus, quae a nemine in dubium revocantur, juris regulis conciliari potest. Donationem quidem in proposita specie convalescere posse certissimum est; adest enim ex parte donantis animus, neque, ut supponimus, desunt caeterae conditiones, quae ad vim donationis requiruntur: solus deficit consensus donatarii. Si ergo consentiat iste, et donationem se acceptare verbis, vel factis demonstret, perfici debet donatio (1), utriusque consensu in eamdem rem interveniente (2). Sed si accipiens animum dantis ignoraverit, concipi nequit, quomodo donatio sola pecuniae consumptione sine consensu absolvatur. Congruentius ergo explicatur Ulpianus de consumptione facta a sciente: quo casu facto ipso donatio acceptatur, atque perficitur.

(1) *L. Absenti* 10., *l. Hoc jure* 19. §. *Non potest* 2. *ff. de donationib.* (39. 5.)

(2) *L. In omnibus rebus* 55., *l. In omnibus negotiis* 57. *ff. de obligat., et action.* (44. 7.)

§. 767.

Quod si versis vicibus ponamus, tradentis illud fuisse consilium, ut pecuniam mutuam daret, alterum vero tamquam donatam accepisse, dominium quidem transfertur; utpotequia in hoc uterque convenit. Sed, cum nemo possit propria sponte alterius rem sibi habere, restituendae pecuniae onus incumbet.

§. 768.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

Caeterum non sola sufficit traditio, justo etiam titulo munita, ut dominium ab uno in alium transferatur; nisi quaedam simul adsint conditiones in eo, qui dat, tum in eo qui accipit, tum in re, quae hinc traditur, inde vero accipitur. In dante requiritur, ut velit, et possit rei dominium transferre; in accipiente pariter desideratur, ut velit, et possit rem acquirere: tandem res, quae traditur, in commercio esse debet, nec alienari prohibita.

§. 769.

In primis ad dominii translationem requiritur, ut ille, qui dat, dare possit: atque facultas haec duo supponit. 1. Eum esse rei dominum: 2. Liberam eidem competere bonorum suorum administrationem. Prior conditio a jure ipso naturali manat, quod non patitur, ut alter de alterius rebus pro arbitrio disponat (1). Altera a legibus civilibus inducta est, quae rerum suarum alienationem prohibent quibusdam personis, puta mulieribus in dote, pupillis, et minoribus (2).

(1) *L. Id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. jur.* (50. 17.) §. *Per traditionem* 40. *inst. hoc tit.*

(2) *Princ., et* §. *Nunc admonendi* 2. *inst. quib. alienar. licet. vel non* (2. 8.).

§. 770.

Non tamen necesse est, ut traditio ab ipso rei domino fiat: sufficit enim rem tradi ab altero, cui dominus mandatum dederit, vel facultatem concesserit: puta a procuratore (1), tutoribus, et curatoribus (2), in casibus a lege permissis, et servatis praescriptis solemnitatibus (3): vel etiam a creditore pignoratitio, qui potest, lege permittente, rem pignoratam vendere, cum debitor pecuniam solvere detrectat (4).

(1) §. *Nihil autem* 42. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Bonae fidei* 109. *ff. de verb. signific.* (50. 16.)

(3) *L. Quoties tutor* 9. §. *Sicut autem* 5., *l. Cum plures* 12. §. 1. *ff. de administrat., et pericul. tutor.* (26. 7.), *l. Lex, quae tutores* 22. *cod. de administr. tutor.* (5. 37.)

(4) *L. Si convenit* 4. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.) *V.* §. 750.

§. 771.

2. Requiri diximus in dante, qui libera potiatur rerum suarum administratione, ut velit rei dominio se exuere alterius favore: quod fieri nequit, nisi ipse sciat, rem ad se pertinere (1); alioquin, errore, seu ignorantia interveniente, deest consensus, sine quo contractus perfici nequit (2).

(1) *L. Si procurator* 35. *ff. hoc tit.*

(2) *L. In totum* 76. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 772.

Quid ergo, si Titius propriam rem Sempronii mandato tradat, quam mandantis putat? Rei dominium non transferri, cum procurator alterius nomine rem suam dat, sentit Ulpianus (1): contrariam sententiam tueri videtur Marcellus: ait enim, procuratorem, qui rem suam alterius mandato vendat, erga emptorem teneri, nec eam repetere posse, si traditio secuta sit; sed tantummodo experiri contra mandantem, ab eo damni restaurationem obtenturus (2).

(1) *Si procurator meus, vel tutor pupilli, rem suam, quasi meam, vel pupilli, alii tradiderint: non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio; quia nemo errans rem suam amitt. D. l.* 35 *ff. hoc tit.*

(2) *Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse.... Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori: neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam; et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset; quia forte venditurus non fuerit. L. Servum Titii* 49. *ff. mandati* (17. 1).

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

§. 773.

Ut Marcellus Ulpiano consentiens videatur, species utrique jureconsulto proposita diligenter expendi debet. Ulpianus de procuratore agit, qui rem quidem suam tradiderit, alterius putans, non tamen contractu prius inito, quo se ad rem dandam adstrinxerit (1): contra Marcellus speciem pertractat, qua procurator alterius nomine venditionis contractum celebraverit, quo factum est, ut ad rem tradendam teneatur (2).

(1). *D. l.* 35. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 49. *ff. mandati.*

§. 774.

Ergo in specie Ulpiani procurator praeter merum traditionis actum nihil aliud facit; cum vero huic actui error, seu ignorantia caussam dederit, ita valere non debet, ut rei suae dominium amittat (1): contra Marcelli species de eo est, qui venditionis contractum, procuratorio quidem nomine, celebravit, quo fidem suam adstrinxit erga emptorem. Proinde aequum est, ut rem praestet, nec praestitam vindicare possit; sed damnum, quod inde patitur, a principali repetat (2): maxime cum non desint, qui sentiant, procuratorem in defectum principalis teneri (3).

(1) *L. In totum* 76. *ff. de reg. jur.*

(2) *D. l.* 49. *ff. mandati.*

(3) *Argum. l. Procurator* 67. *ff. de procuratorib.* (3. 3.), *l. Julianus* 13. §. *Si procurator* 25. *ff. de actionib. empti* (19. 1.).

§. 775.

Ut ex traditione dominium transferatur, voluntas quoque, et facultas acquirendi in accipiente desiderantur: voluntas quidem (1); invito enim beneficium non datur (2): facultas, quae legibus coercita non sit, quemadmodum in viro, et uxore contingit, quibus, constante matrimonio, donationes mutuae prohibentur, ne venalis fieri videatur conjugum amor (3); licet enim naturalis ratio liberam cuique faciat potestatem dandi, et accipiendi (4); non impedit tamen, quominus civiles legumlatores ex justis caussis naturalem hanc libertatem intra angustiores limites aliquando concludant (§. 106. 1.).

(1) *L. In omnibus rebus* 55., *l. In omnibus negotiis* 57. *ff. de obligat, et action.* (44. 7.)

(2). *L. Invito* 69. *ff. de reg. jur.*

(3) *L.* 1.; *et passim ff. de donationib. int. vir., et uxor.* (24. 1.)

(4) §. *Per traditionem* 40. *instit. hoc tit.*

§. 776.

Inter conditiones traditionis non commemoravimus eam, qua cognita tradenti sit persona, ad quam res pervenit; haec enim neque naturali, neque civili jure desideratur. Si ergo quis pecuniam projiciat eo consilio, ut ejus dominium primo capienti acquiratur, vires habet traditio (1). Sunt tamen, qui putant, nec inepte, casum hunc potius ad occupationem referendum esse, quam ad traditionem; quia res projectae non distinguantur a derelictis, quarum dominium occupatione comparatur (2).

(1) §. *Hoc amplius* 46. *instit. hoc tit.*

(2) §. *penult. instit. hoc tit.*

§. 777.

Tandem dominium traditione non transfertur, licet maxime velint et dans, et accipiens, nisi res, quae traditur, in hominum commercio sit, tum absolute, tum relative, ut scholastici loquuntur. Quia absolute ab humano commercio exemptae sunt, acquiri nequeunt res sacrae, sanctae et religiosae (1): christianum vero mancipium a Judaeis possideri non potest, utpote cujus commercio Judaei non fruuntur (2).

(1) §. *Nullius autem* 7. *et seqq. instit. hoc tit. V. supra* §. 7.

(2) *L.* 1., *et* 2. *cod. ne christian. mancip. Haeretic., vel Judaeus, vel Pagan. habeat* (1. 10.).

§. 778.

Inst. l. 2. tit. 1. ff. l. 41. tit. 1.

His addi potest certitudo rei, quae traditur; res enim incerta nec aequiri, nec possideri potest (1). Res autem dicitur incerta, cum non constat de loco, et quota parte (2). Ut certa fieri possit quota pars, docent pragmatici, non sufficere, si ex fundo, centum puta jugeribus constante, decem tradantur, sed omnino requiri, ut certa ejus divisio assignetur, atque tradatur pars, veluti tertia, quarta (3).

(1) *Incertam partem rei possidere nemo potest. L. Possideri* 3. §. *Incertam* 2. *ff. de acquirend. possess.* (41. 2.), *Fab. cod. de inoffic. testam. lib.* 3. *tit.* 19. *def.* 4. *num.* 2., *et* 3.

(2) *Si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum, mera subtilitate, possidere Labeo scribit. L. Si fur* 32. §. *ult. ff. de usurpationib., et usucapionib.* (41. 3.).

(3) *Quia facilius determinari possit cuique sua portio, hac posita divisione: vix autem in altera.*

§. 779.

Si conditiones, quas hactenus enumeravimus, traditioni conjunctae sint, per eam dominium transfertur, praeterquam in venditione, ex qua dominium a venditore in emptorem non transit, etiam si res tradita fuerit, nisi pretium ab emptore solutum fuerit, vel alio modo, puta ex promissore pignore dato cautum venditori, aut fides de pretio habita sit (1).

(1) §. *Venditae vero* 41. *instit. hoc tit.*

§. 780.

Cur autem Romanis placuerit, venditionis, et emptionis contractum in hac re a caeteris discernere, passim tradunt interpretes, discrimen hoc ex ipsius venditionis natura repetendum esse. Cum in caeteris contractibus, puta donatione, dote, et similibus, dominus rem suam alteri tradit, ea mente esse videtur, ut accipiens ejus dominium confestim adipiscatur: contra in venditione, quae contractus reciprocus est, quo alter rem tradit, alter pro re pretium solvit, venditor non praesumitur, re etiam tradita, voluisse dominium pure in emptorem transferre; sed ea tantum conditione: si emptor conventum pretium solvat, nisi expresse, vel tacite huic conditioni renunciaverit. Venditio ergo veluti contractus conditionalis existimari debet, ex quo dominium non transfertur, nisi impleta conditione (1). Objici quidem posset eadem servari debere in permutatione, quae et ipsa contractus reciprocus est, a venditione parum alienus. Sed, cum hujusmodi contractus infrequens admodum sit, a generali regula legum sanctione exemptus non fuit (2).

(1) *L. Proinde mutui* 8. *ff. de reb. cred.* (12. 1.)

(2) *L. Jura* 3., *l.* 4., *et* 5. *ff. legib.* (1. 3.)

§. 781.

Disputant hic interpretes, an fides de pretio habita praesumi debeat, quotiescumque venditor, nec accepto pretio, nec fidejussore, aut pignore, rem emptori tradit. Magis arridet negantium sententia; alioquin enim vix unquam contingeret, ut locus esset regulae a Justiniano propositae (1); cum raro admodum soleant venditores hoc animi consilium exprimere, ut pretium consequantur; utpotequia conditio haec ex natura ipsius contractus descendit; seu potius pertinet ad ejus complementum ex parte emptoris. His adde, neminem praesumi juribus suis renunciare.

(1) *In d.* §. 41. *instit. hoc tit.*

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

TITULUS II.

De acquirenda, vel amittenda possessione.

Digest. lib. 41. tit. 2. *De acquir., vel amitt. possess.*
Cod. lib. 7. tit. 32. *De acquir., et retin. possess.*

SUMMARIA.

Possessio in plerisque differt a dominio: plurimum tamen ex eo mutuatur. §. 782
Proponuntur singulares quaestiones in hoc titulo expendendae. §. 783.

§. 782.

Postquam ea tradidimus, quae pertinent ad diversos acquirendi dominii modos, rerum ordo postulat, ut ea investigemus, quae possessionem respiciunt; licet enim possessio a dominio in plerisque differat, ut infra ostendemus, plurimum tamen, ait Papinianus, ex jure mutuatur (1). Atque in Pandectis duo haec argumenta continuo pertractantur.

(1) *L. Possessio quoque* 49. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 783.

Ut omnia, quae de possessione scitu necessaria sunt, complectamur, explicabimus 1. Quid sit possessio, et quo a dominio differat. 2. Quotuplex sit. 3. Quomodo acquiratur. 4. Quomodo acquisita retineatur. 5. Qui sint possessionis adeptae effectus, seu quae commoda. 6. Quibus modis acquisita probetur. 7. Tandem quibus modis amittatur atque amissa recuperetur.

CAPUT I.

Quid, et quotuplex sit possessio.

SUMMARIA.

Possessio, a sedium positione dicta, est detentio rei corporalis animo sibi habendi. Explicatur definitio. §. 784.

Naturaliter eadem res possideri nequit a pluribus simul, civiliter duo eandem rem simul possidere non prohibentur. §. 785.

Diverso possessionis genere facilius admittitur duorum concursus in ejusdem rei possessione. §. 786.

Possessio in se spectata tota facti est: quoad effectus vero et corporis, et juris esse recte dicitur. §. 787.

Possessio amittitur statim, ac quis constituit se nolle possidere. Dominium ex sola voluntate aliquando non amittitur. §. 788.

Potest acquiri rei dominium, quin habeatur possessio. Exemplum est in haereditate adita, cujus possessionem haeres adhuc non apprehenderit. §. 789.

Dividitur possessio in naturalem, et civilem. §. 790.

Possessio naturalis tribuitur in justam, et injustam. §. 791.

Quid sit possessio, quae ab aliquibus interpretibus vocatur civilissima? §. 792.

§. 784.

Possessio, ita dicta a sedibus, si Labeoni fides, quasi sedium positio (1), definiri potest: *Detentio rei corporalis animo eam sibi habendi.* Detentionis verbum, quod tenet locum generis, ita per se patet, ut clarius explicari nequeat. Rei corporalis di-

ximus, ut indicemus, res tantum, quae sensibus subjiciuntur, proprie possideri: incorporales enim non possideri, sed quasi possideri dicuntur. Tandem addimus, *animo sibi habendi;* deficiente enim animo hoc, deficit quoque vera possessio (2). Atque his verbis vera possessio, de qua hic agimus, distinguitur a nuda detentione, quam habent etiam illi, qui alieno nomine possident, quales sunt coloni, inquilini, depositarii; atque dicuntur quidem in possessione esse, sed proprie non possident (3).

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(1) *L.* 1. *princ. ff. hoc tit.*

(2) *L. Male agitur* 2. *cod. de praescript. xxx., vel xl. ann.* (7. 39.).

(3) §. *Possidere* 5. *instit. de interdictis* (4. 15.), *l. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

§. 785.

Hinc patet via ad solvendam quaestionem, quae institui solet, utrum duo eandem rem simul possidere queant: videlicet distingui debet inter diversas possessionis species. Naturaliter eadem res possideri a pluribus non potest; neque enim duo corpora simul tenere possunt eandem rem, sicut nec duo in eodem loco stare, vel sedere, ut loquitur Paulus (1). Civiliter autem duos simul possidere nihil obstat, quatenus uterque eandem rem animo retinere potest, et quidem affectione domini: veluti si fingamus fundi dominum longe abiisse, atque ejus possessionem ab alio apprehensam fuisse, qui fundum alteri vendiderit, ignoranti rem alienam esse: tum dominus, tum emptor civiliter, et animo domini possident.

(1) *In l. Possideri* 3. §. *Ex contraria* 5. *ff. hoc tit.*, *l. Duo in solidum* 19. *ff. de precario* (43. 26.).

§. 786.

Quinimo facilius admittitur duorum in ejusdem rei possessione concursus, cum agitur de diverso possessionis genere. Hinc candem rem alter animo, alter corpore possidere potest: sic res precario tradita corpore, et naturaliter possidetur ab eo, qui precario accepit: animo autem, et civiliter ab eo, qui precarium concessit (1). Atque idem contingit, cum fundi dominus alio profectus neminem in eo reliquit, atque interim vi, et clam alter ejus possessionem ingressus est. Praedo naturaliter, et corpore possidet: dominus civiliter, et animo possidere pergit.

(1) *L. Et habet* 15. §. *Eum, qui* 4. *ff. de precario.*

§. 787.

Initio monuimus, possessionem in plerisque a dominio differre (§. 782.); ut merito dixerit jureconsultus, nihil commune habere proprietatem cum possessione (1). In primis maxime differt possessio a dominio, quod possessio, de qua agimus (2), tota facti sit (3), si in se ipsa spectetur; quoad effectus autem vere dicitur, non tantum corporis, sed et juris esse (4). Quo sensu defendi potest, quod tradit Papinianus, possessionem plurimum juris habere (5), sive plurimum ex jure mutuari (6).

(1) *L. Naturaliter* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *Possessio bonorum, quae in Pandectis explicatur, quaeque vocatur secundum tabulas, praeter, vel contra tabulas, juris plane est, non facti; quippe ab haereditate nonnisi nomine tenus distinguitur.*

(3) *L.* 1. §. *Furiosus* 3. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Possessio quoque* 49. §. 1. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Denique* 19. *ff. ex quibus causs. major.* (4. 6.)

(6) *D. l.* 49. *princ. ff. hoc tit.*

§. 788.

Praeterea a dominio distinguitur possessio, quatenus dominium, quia juris est, sola voluntate aliquando non amittitur: veluti si quis rem suam tradat alteri, qui capere nolit, vel non possit: contra possessio, utpote facti, recedit, ut quisque constituit se nolle possidere (1). Quare ex plurimorum sententia docet Paulus, rei possessione pri-

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

vari maritum, qui uxori constante matrimonio donat; eamque in mulierem transferri, quamvis donationes hae prohibeantur: quoniam res facti infirmari jure civili non potest (2).

(1) *L. Si quis vi* 17. §. 1., *l. Quod meo* 18. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Si vir uxori* 4. *ff. hoc tit.*

§. 789.

Hinc sponte fluit, posse acquiri rei dominium, quin habeatur possessio: si ergo quis adeat haereditatem, omnia quidem jura haereditaria in ipsum transferuntur, possessio vero, nisi naturaliter apprehensa, ad haeredem non pertinet (1), (nisi aliter moribus, vel municipali lege obtineat (2)), excepta usucapiendi potestate, in qua singulari jure receptum est, ut possessio, seu potius jus possidendi in haeredem transeat, ut utrumque tempus jungatur ad complendam usucapionem (3).

(1) *L. Cum haeredes* 23. *ff. hoc tit.*

(2) *V. infra* §. 792.

(3) *L. Cum miles* 30. *ff. ex quib. causs. major.* (4. 6.).

§. 790.

Dividi solet possessio in naturalem, et civilem (1). Naturalis est detentio rei citra jus, et affectionem domini. Atque haec competit creditori pignoratitio, precario possidenti, conductori, eique etiam qui vi, et clam possidet (2): isti tamen melius dicuntur esse in possessione, quam possidere (3). Civilis est detentio rei animo domini; adeoque ad eos tantum pertinet, qui rem tenent ex justa caussa, qua dominium quaeri solet, et vere putant se ejus dominos esse. Quamquam civilis etiam a pragmaticis passim appellatur ea, quae in animo consistit, naturali, seu corporali rei apprehensione destituta (4).

(1) *L.* 1. §. *Dejicitur* 9. *ff. de vi, et vi armata* (43. 16.).

(2) *L. Possideri* 3. §. *Si rem* 18., *l. Clam possidere* 6. §. 1., *l. Si quis* 10. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l. Si quis* 10. §. 1. §. *hoc tit.*

(4) *L. Possideri* 3. §. *Saltus hybernos* 11. *ff. hoc tit.*, *l. Licet possessio* 4. *cod. hoc tit.*

§. 791.

Possessionis naturalis duplex adhuc est species: alia justa, et legum praesidio firmata, quae idcirco civilis etiam a quibusdam interpretibus dicitur. Talis ea est, qua potiuntur creditores pignoratitii, usufructuarii et similes qui, alieno quidem nomine, ad sui tamen commodum, et secundum legis auctoritatem possident (1): alia vero injusta est, et a legibus reprobata, veluti praedonis, aut ejus qui vi, et clam tenet.

(1) *L. Juste possidet* 11. *ff. hoc tit.*, *l. Quaecumque* 13. §. 1. *ff. de public. in rem act.* (6. 2.). *Hinc generatim tradit Paulus in d. l.* 11. *ff. hoc tit.*, *juste possidere eum, qui possidet auctore praetore; quod maxime verum est si judex processerit, servato juris ordine, et praevia caussae cognitione.*

§. 792.

Hisce possessionis speciebus aliam addunt quidam interpretes, quam vocant *civilissimam:* quaeque tunc habetur, cum ex vi legis, vel statuti possessio in alium transfertur, quin opus sit ullo corporis actu, vero, vel ficto. Exemplum esse potest in haereditate, cujus possessio ex quorundam populorum moribus, vel institutis, ipso jure transit in haeredem sive legitimum, sive testamentarium (1), etiamsi mediate tantum haereditatem accipiat: veluti substitutus pupillaris (2).

(1) *Atque ita apud nos sancitum Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 5. §. 1., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 5. 6., *et* 8.; *aliud tamen est de successore singulari. Fab. ibid. def.* 24.

(2) *Fab. d. def.* 6. *cod. hoc tit.*

CAPUT II.

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

Quibus modis acquiratur possessio.

SUMMARIA.

Acquiritur possessio occupatione, accessione, et traditione vera, vel ficta: dummodo corporalis apprehensio sequatur, et animus apprehendendi simul adsit. §. 793.

Per acquisitionem juris percipiendi fructus fundi, vel pensiones domus, non acquiritur vera possessio: acquiritur ex donatione, quamvis donator sibi reservaverit usumfructum. §. 794.

An ex judicis decreto, vel missione judiciali in possessionem acquiratur possessio? §. 795.

Per traditionem annuli, pilei, vel calami non acquiritur possessio, sed tantum facultas ejus apprehendendae: nisi aliud ferat consuetudo. Quid si claves horrei tradantur? §. 796.

Singulas fundi partes apprehendi necesse non est, ut fundi possessio acquiratur; sed sufficit partem apprehendere, animo totum fundum occupandi. §. 797.

Possessio rerum haereditariarum solo animo non acquiritur, nisi ita singulariter statuat lex municipalis. §. 798.

Explicatur, qua ratione mutuum ex deposito exurgat in ea specie, qua dominus permittit depositario, ut pecunia deposita utatur. §. 799.

Per corporalem apprehensionem, quae traditioni symbolicae aequiparatur, vere acquiritur possessio, atque etiam ex caussa non valida. §. 800.

Rerum incorporalium vera possessio non est, sed quasi possessio, usus in servitutibus, acceptatio cessionis in actionibus apprehensionem referunt. §. 801.

Possessio haec acquiritur, et retinetur per unicum actum: dummodo omnium patientia adsit, si contra plures acquiri contendatur. An privatorum patientia noceat universitati? §. 802.

Acquirimus possessionem non tantum per nosmetipsos, sed etiam per filios, et servos, qui intelligant, quod agunt, et velint nobis possessionem acquirere. §. 803.

Si inspiciantur singularia responsa jureconsultorum, probabilius videtur, in rebus, quae ad peculium pertinent, dominis etiam ignorantibus, servos acquirere, non in caeteris §. 804.

Dominium, quia totum juris est, in servis consistere nequit: possessionis, quia facti est, capax est servus. §. 805.

Iuris principiis magis consentanea est illorum sententia, qui existimant, dominos, et patres per servos, et filios adipisci quoque possessionem extra peculii caussam. §. 806.

Acquirimus etiam possessionem per procuratores, quin necessaria sit scientia ejus, quod a procuratore gestum est: dummodo procurator velit nobis acquirere. §. 807.

Tutores, et curatores pupillis, et minoribus possessionem acquirunt: minor et pupillus sine tutore capaces sunt acquirendae possessionis. Quid de infante? §. 808.

Quid sit constitutum possessorium, et quo differat ab obligatorio? §. 809.

§. 793.

Acquiritur possessio pluribus modis: veluti occupatione, accessione, et traditione, sive vera, sive ficta, dummodo et corpus, et animus simul concurrant, idest corporalis apprehensio sequatur, et animus apprehendendi (1). Hinc, si nesciam thesaurum in fundo meo positum, eum non censeor possidere, quia deficit animus: quod si

ff l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

sciverim, nondum tamen attigerim, deficiente naturali apprehensione, nec adhuc possideo (2).

(1) *L. Possideri* 3. §. 1., *l. Quemadmodum nulla* 8. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Possideri* 3. §. *Neratius* 3. *ff. hoc tit.*

§. 794.

Hinc ulterius sequitur, veram possessionem non acquiri ab eo, qui nanciscitur jus percipiendi fructus fundi, vel pensiones domus locatae; possessio enim haec mere naturalis est; quam leges vix considerant, remanente interim civili penes dominum (1), ut supra demonstravimus (§. 790.). Contra ex donatione, quamvis donator bonorum usufructum sibi reservaverit, non tantum possessio, sed et dominium transfertur (maxime si clausula constituti adjecta fuerit); cum ipsa ususfructus reservatio traditionis vices gerat, ut loquuntur Imperatores (2).

(1) *L. Si quis* 10. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Quisquis rem* 28. *cod. de donationib.* (8. 54.) *V. l. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

§. 795.

Nec majorem vim habet judicis sententia, qua, debitorem puta, post deliberamentum mitti jubeat in possessionem (1); quia, ut obiter dicamus, nec prodest missio in possessionem judicis auctoritate peracta, si ille, qui rem interim possidet, huic decreto se opponat (2); quia oppositio haec ex parte possidentis, qui se possidere demonstravit, impedit sententiae effectum, donec fuerit definita (3).

(1) *L. Non est mirum* 26. §. 1. *ff. de pignorat. act.* (13. 7.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 28., et 41.
(2) *Ab-Eccles. observ.* 158. *num.* 14. ✠
(3) *Ab-Eccles. d. observ. num.* 15. ✠

§. 796.

Idem ferri debet judicium de traditione annuli, pilei, vel calami; per hanc quippe non possessio, sed tantum possessionis propria auctoritate apprehendendae facultas data censetur (1); cum signa haec arrhae potius speciem praeseferant, quam symbolicae traditionis (2). Excipi tamen debet casus, quo aliud ferat recepta consuetudo (3), vel municipalis lex (4); quae traditionis vim supplere sine dubbio potest. Quod si claves horrei tradantur, mercium in illo conditarum possessionem traditam videri, si claves apud horrea traditae sint, auctor est Papinianus, itaut confestim emptor dominium, et possessionem adipiscatur, etiamsi non aperuerit horrea (5), atque consentit Paulus (6); quia clavibus traditis per symbolum res ipsa tradita reputatur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 9.
(2) *L. Ex empto* 11. §. *Is, qui vina* 6. *ff. de actionib. emp.* (19. 1.)
(3) *Cap. Ex litteris* 2. *extra Decr: Greg: de consuetudine* (1. 4.).
(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 7.
(5) *L. Clavibus traditis* 74. *ff. de contrah. empt.* (18. 1.)
(6) *In l.* 1. §. *Si jusserim* 21. *ff. hoc tit.*

§. 797.

Quod dicimus, corporalem apprehensionem necessariam esse, ut possessio acquiratur, non ita intelligi debet, quasi singulae fundi partes, vel glebae apprehendi debeant; sufficit enim partem apprehendere, ut totus fundus apprehensus reputetur, si modo occupans ea mente sit, ut totum fundum velit occupare (1): quo animo deficiente, si exercitus cum magna vi praedium ingressus sit, eam tantummodo partem obtinet, quam intraverit, ut animadvertit Celsus (2).

(1) *D. l.* 3. §. 1. *ff. hoc tit. Hinc possidens rem, per quam accessus est ad contiguam, censetur quoque hanc possidere, jure videlicet accessionis. Quod si quis prin-*

cipale possideat, accessorium quoque possidere intelligitur. Cap. Accessorium 42. *extra de reg. jur. in 6. Decret., l. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.) ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(2) *L. Quod meo* 18. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 798.

Disputant acriter interpretes, utrum possessio, in aliquo saltem singulari casu, solo animo acquiri possit sine corporali apprehensione. Atque in primis quidam sentiunt, possessionem a defuncto transire in haeredem (1). Verum cum possessio res facti sit (§. 787.), quae per mortem necessario expirat, nulla ratio apparet, ex qua in haeredem continuata dicatur: nisi municipalis lex corporalem apprehensionem suppleat (§. 792.). Paulus ergo de effectu possessionis quoad usucapionem accipiendus est (§. 789.): ut ex eo patet, quod possessionem admittat, licet haereditas jaceat (2).

(1) *Quia possessio defuncti, quasi juncta, descendit in haeredem. L. Cum miles* 30. *ff. ex quib. causs. maj.* (4. 6.)

(2) *Et plerumque nondum haereditate adita completur. D. l.* 30. *in fin. princ.*

§. 799.

Neque feliciori exitu affertur, quod ex Nerva, Proculo, et Marcello probat Ulpianus, mutuum exurgere in ea specie, qua dominus permittat depositario, ut pecunia deposita utatur, quin aliqua nova traditio, vel apprehensio necessaria sit, quia animo coeperit depositarius possidere (1); in hac enim specie vera praecesserat rei apprehensio ex caussa depositi, a qua tamen nuda detentio, non vera possessio, oriri poterat (§. 790.); mutata autem detentionis caussa, titulo mutui, ex solo animo novam formam induit, et facta est vera, et proprie dicta possessio: quo sensu dicitur, animo coepisse possessionem, idest mutato consilio nudam ex deposito detentionem abiisse in veram ex mutuo possessionem: vel, si malis, dici potest, in hac specie, ad vitandos inanes circuitus, fictione legis novam versari apprehensionem (§. 792.).

(1) *L. Certi condictio* 9. §. *ult. ff. de reb. cred.* (12. 1.)

§. 800.

Facilius solvitur, quod ex Javoleno objici potest, asserente, quarundam rerum possessionem animo acquiri (1): ut enim cuilibet exempla, quae idem affert, attendenti patet, loquitur jureconsultus de corporali apprehensione, quae symbolicae traditioni aequiparatur, et animo fieri dicitur, quatenus ipsius rei possessio immediate corporis ministerio non apprehenditur; sed vera corporis apprehensio aeque dici debet, ac traditio per symbolum verae traditionis vices sustineat (§. 752.). Sane possessionem etiam ex caussa non valida, et minus sufficienti transferri ex communi sententia defendit Osascus (2), quae tamen revocabilis sit, et civiles effectus vix pariat (3).

(1) *L. Quarundam* 51. *ff. hoc tit.*

(2) *Osasc. dec.* 34. *num.* 6.

(3) *Osasc. d. dec.* 34. *num.* 25.

§. 801.

Quae hactenus de modo acquirendae possessionis tradidimus, ad res corporales pertinent. In rebus autem incorporalibus, puta servitutibus, quarum vera possessio esse nequit, sed quasi possessio, sicut nec fieri vera traditio potest (§. 744.); quemadmodum patientia traditionis locum obtinet (1), ita usus apprehensionis. Atque in actionibus cessio potissimum traditionem (2), et acceptatio apprehensionem referunt. Caeterum haec quasi possessio eosdem effectus parit, ac vera possessio rerum corporalium (3).

(1) *L. Servus* 43. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)

(2) *L. ult. cod. quand. fisc., vel privat.:* (4. 15.).

(3) *Ab-Eccles. obs.* 189. *num.* 12. ✠

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

§. 802.

Etiamsi vero passim teneant interpretes possessionem acquiri, et retineri per unicum actum (1), non tamen acquiri potest contra plures, nisi adsit omnium patientia; ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur, quod aequitas non sinit (2). Quare nec patientia particularium universitati nocere debet (3), nisi forte plerique ex honestioribus acquieverint in re, quae singulis, non uti singulis, sed uti de populo competit (§. 466., et seqq.).

(1) *Ab-Eccles. d. observ.* 189. *num.* 14.

(2) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.).

(3) *Post observ.* 40. *num.* 18.

§. 803.

Non tantum per nosmetipsos possessionem nancisci possumus, sed et per alios, quos in potestate habemus, veluti filios, et servos (1): quod si servi communes sint, pro rata dominii cuique ex dominis possessio quaeritur, sicut in proprietate contingit (2). Duae tamen conditiones in his desiderantur, ut per eos possessionem comparemus. 1. Ut ipsi, quod agunt, intelligant (3). 2. Ut nobis, non aliis, acquirere velint (4); si enim vel intellectus, vel voluntas desit, alterius nomine gerere nullatenus concipi possunt.

(1) *L.* 1. §. *Item acquirimus* 5. *ff. hoc tit.*, §. *Item vobis* 3. *instit. per quas person. cuique acquirit.* (2. 9.).

(2) §. *Servus* 3. *instit. de stipulat. servor.* (3. 18.).

(3) *L.* 1. §. *Caeterum* 9. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 1. §. *Haec, quae de servis* 19. *ff. hoc tit.*

§. 804.

Sed hic scinduntur interpretes in ea quaestione, an servi dominis non tantum scientibus, sed et ignorantibus possessionem acquirant: nec mirum; scindi enim inter se videntur jureconsulti, ut vix, ac ne vix quidem simul conciliari possint. Si respiciamus ad singularia jureconsultorum responsa, quae de hac re proferuntur, probabilior videri potest sententia distinguentium, ut in rebus, quae ad peculium pertinent, dominis, etiam ignorantibus, servi acquirant, non in caeteris extra peculii caussam (1). Neque haerendum est, ut inveniatur discriminis ratio; cum possessio non tantum corpore, sed et animo acquiratur (§. 784.), in caussa peculiari voluntas domini adesse intelligitur, quia peculium concedendo satis significat voluntatem acquirendi (2): quae ratio in caeteris locum non habet.

(1) *L. Peregre* 44. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Item adquirimus* 5. *ff. hoc tit.*

§. 805.

Quod si quaeratur, cur servi, dominis non tantum ignorantibus, sed invitis, dominium quaerant (1), possessionem autem nonnisi scientibus extra caussam peculii; respondemus, dominium totum juris esse, quod in servis consistere nullatenus potest (2); possessionem autem facti (§. 787.), cujus incapax non est servus. Leges ergo, quae indistincte loquuntur (3), ex aliis suppleri debent, ut invicem consentiant.

(1) §. *Item vobis* 3. *instit. per quas person. cuiq. acquir.* (2. 9.).

(2) *D.* §. 3. *instit. per quas person. etc.*

(3) *L. Si me* 34. §. *ult. ff. hoc tit.*, *l. Nunquam* 31. §. *Si servus* 3. *ff. de usurpat., et usucap.* (41. 3.).

§. 806.

Caeterum, ut jam innuimus, generalibus juris regulis magis consentanea est illorum opinio, qui existimant, etiam extra peculii caussam dominis ignorantibus per servos, ut et patribus per filios acquiri possessionem; in jure enim pater, et filius, dominus,

et servus una, eademque persona reputantur (1): adeoque potest servus in quacumque caussa domini factum, et animum supplere. ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(1) §. 1. *instit. de stipul. serv.* (3. 18.), §. *Si quis alii* 4., §. *Item inutilis* 6. *instit. de inutil. stipulat.* (3. 20.).

§. 807.

Per filios, et servos patribus, et dominis possessio quaeritur ex juris potestate: ex voluntate nostra eam nanciscimur per procuratores, quin necessaria sit scientia ejus, quod a procuratore gestum est (1): scire enim videmur, initio inspecto, quae procurator ex mandato nostro gesturus est. Sed, quemadmodum in servis voluntas desideratur, ut domino acquirant (§. 803.); ita etiam in procuratore. Ergo procurator, qui possessionem sibi quaerere velle declaraverit, sibi, non mandanti, acquirit (2). Quod si propositum hoc in mente retineat, nec exterius pandat, procuratorio nomine agere, et acquirere judicatur (3).

(1) §. *ult. instit. per quas person. cuiq. acquir.* (2. 9.), *l. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Per procuratorem* 20. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Qui mihi* 13. *ff. de donat.* (39. 5.)

§. 808.

Quae de procuratoribus diximus, eadem potiori ratione conveniunt tutoribus, curatoribus, et similibus (1); quippequi amplissimum mandatum habere videntur, quo pupillorum, minorum, aliorumque, quorum curam gerunt, et bona administrant, nomine acquirant. Nemini sane dubium est, quin minor, imo et pupillus infantia egressus, sine tutore, possessionis sibi adipiscendae capax sit, cum etiam intelligat, quod agit, et possessionem acquirendo meliorem faciat suam conditionem (2). Imo singulari jure hic receptum est, ut infans tutore auctore possessionem adipiscatur (3); nec immerito; cum enim possessio facti sit (§. 787.), judicium infantis facilius suppletur per tutorem.

(1) *L.* 1. §. *Per procuratorem* 20., *et* §. *ult.*, *l.* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Furiosus* 3. *in fine*, *l. Quamvis pupillus* 32. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 32. §. *ult. ff. hoc tit.*, *l. Donatarum* 3. *cod. hoc tit.*

§. 809.

Huc etiam referri potest acquirendae possessionis modus, qui a pragmaticis constitutum possessorium vocari solet, cum quis alieno nomine possidere incipit, quod suo nomine prius possidebat (1), et distinguitur ab eo, quod obligatorium appellant (2). Verum, quia frequentissimus in praxi est constituti possessorii usus, et singulares quaestiones complectitur, idcirco opportunum est seorsim de illo disserere.

(1) *L. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

(2) *De quo agitur in lib.* 13. *tit.* 5. *ff, de pecunia constituta.*

APPENDIX.

De constituto possessorio.

SUMMARIA.

Ex clausula constituti acquiritur vera possessio, licet ficta, illi, cujus nomine alter se constituit possidere. §. 810.

Per precarium transfertur in creditorem possessio civilis, naturali interim remanente penes debitorem: eadem tamen vis est precarii, ac constituti. §. 811.

Si in eodem instrumento adjiciatur utraque clausula constituti, et precarii, hujus adjectio non nocet creditori. §. 812.

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

Rerum incorporalium possessio transferri nequit per constitutum. Consectarium hujus propositionis. §. 813.

Clausula constituti non tantum pure, sed etiam sub conditione, et in diem adjici potest contractui; cujus accessio est. §. 814.

Potestas constituti; conditione existente, retrotrahitur, etiam in praejudicium tertii, si conditio casualis fuerit, vel mixta, secus potestativa. §. 815.

Constitutum conditionale non retrotrahitur, nisi intra decennium, computandum a die existentis conditionis, constitutarius apprehenderit corporalem rei possessionem. §. 816.

Constitutario competunt interdicta retinendae, et recuperandae possessionis; atque remedium Justinianeae legis ad avocandam possessionem. §. 817.

Ex constituti clausula apposita in fideicommissi, vel juris patronatus institutione possessio transfertur in omnes successores eodem momento, quo vocatio vires habet. §. 818.

Rei donatae, et venditae cum reservatione ususfructus, adjecta clausula constituti, transfertur possessio. Exceptio est in re emphyteuticaria. §. 819.

Si venditor sibi exceperit hypothecam, et possessionem rei venditae, adjecta clausula constituti, retenta videtur rei possessio. §. 820.

Bona cum clausula constituti obligata, vel locata in solutum dari non possunt, ne creditori quidem anteriori; nec quacumque ratione interim alienari. §. 821.

Constitutarius propria auctoritate non potest expellere constituentem, vel alterum, qui sit in corporali possessione; saltem si constituens, vel possessor justam habeant obsistendi caussam. §. 822.

Constitutum tollit beneficium excussionis, dummodo imploretur remedium Justinianeae constitutionis. Eadem vis est precarii. §. 823.

Neque etiam necessaria est praevia debitoris principalis condemnatio, ut creditor nanciscatur per constitutum possessionem rei oppignoratae §. 824.

Debitoris excussio necessaria est, cum creditor habet specialem hypothecam super aliqua re, et generalem super omnibus bonis. §. 825.

Creditor, qui ab initio hypothecariam actionem elegerat contra tertium possessorem, potest, mutato consilio, avocare possessionem, etiam post litem contestatam; solutis tamen impensis in eum usque diem factis. §. 826.

Creditor retineri debet in possessione per constitutum quaesita, si discussionis instantia nondum coepta fuerit, dummodo satisdationem praestet de fundo haereditati restituendo, si ita judicari contigerit. §. 827., et 828.

Constituti vis transit in haeredes constituentis, et constitutarii: itaut potior sit caussa constitutarii, quam haeredis, et donatarii. §. 829.

Potest tamen haeres repellere constitutarium, cujus jura certa, et manifesta non sunt. 830.

Constituti beneficium cedi potest; sed specialis cessio requiritur, quae fiat incontinenti. §. 831.

Tutor, et procurator nequeunt per constitutum tradere possessionem. §. 832.

Referuntur conditiones requisitae, ut clausula constituti vires habeat. §. 833.

Ad vim constituti in primis desideratur, ut licitus sit contractus, cui adjicitur. Adversus constitutum competunt eaedem exceptiones, quae competunt adversus contractum. §. 834.

2. *Constitutum non operatur, nisi constituens possideat eo tempore, quo se constituit possidere alterius nomine: nec possessio superveniens prodest creditori, nisi debitor non tantum praesentia, sed et futura bona obligaverit.* §. 835.

Constitutum de bonis futuris nocet quidem debitori, vel alteri, qui a debitore caussam habeat posteriorem, non caeteris. §. 836.

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

Procurator sine speciali mandato transferre nequit possessionem per constitutum: nec judex per decretum. Quid de tutore, curatore, et praelato Ecclesiae? §. 837.

Constitutum, quod nonnisi post mortem constituentis incipere debeat, nullius roboris est, nisi adjecta sit clausula ex nunc prout ex tunc. §. 838.

3. *Ad vim constituti requiritur, ut sit de re certa. Quae res certa, vel incerta dicatur?* §. 839.

Tandem non valet constitutum, nisi praesens sit constitutarius, vel congruo tempore ratum habeat. §. 840.

Notarius sine speciali mandato possessionem absenti non acquirit. Sufficit tacita ratihabitio. §. 841.

Ne pupillo quidem absenti per notarii stipulationem acquiritur possessio; ex aequitate acquiritur infanti. §. 842.

Constituti remedium specifice implorari debet, atque indentitas bonorum demonstrari. Beneficium constituti praecisa lege municipali non competit, nisi creditor expresse de eo sibi prospexerit. §. 843.

Amittitur constituti beneficium ab eo, qui decennium labi permiserit, antequam corporalem rei possessionem apprehenderit. Elapso tamen decennio constitutarius habet beneficium constitutionis Justinianeae usque ad triginta annos. §. 844.

Si contractus conditionalis sit, decennium incipit tantum a die, quo extitit conditio. §. 845.

Amitti quoque potest beneficium constituti per renunciationem expressam, vel tacitam. §. 846.

Qui petit se mitti in possessionem, tacite renunciat beneficio constituti. Si constitutarius petierit se in possessione retineri, et judex pronunciaverit in eam mitti, sententia nulla est. §. 847.

An constitutum resolvatur resoluto contractu, cui adjectum fuit? § 848.

Creditor, qui possessionem, constituto quaesitam, unacum pignore remisit, possessionem ipso jure non recuperat, quamvis deinde restituatur adversus hanc remissionem. §. 849.

§. 810.

Ex constituti clausula acquiritur ficta quidem possessio, vera tamen (1), Itaut constituens nec naturaliter possidere videatur, translata tum civili, tum naturali possessione in constitutarium (2). Si ergo per constituti clausulam possessio duobus tradita fuerit, praeferri debet ille, qui tempore prior est; cum enim constituens per priorem contractum se exuerit possessione sua, eam amplius in posteriorem transferre nequit (3). Sane, cum possessio nobis acquiri possit etiam per procuratorem (§. 807.), nemo dubitat, quin in eum transferatur, cujus negotia geruntur, non in procuratorem, qui alterius negotia gerit (4): ex quo tamen non sequitur, maritum, qui ex uxoris pecunia sibi stipulatus sit, uxoris nomine gessisse videri, si id non expresserit, nec instrumentum tradiderit (5).

(1) *D. l.* 18. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *def.* 18., *Thesaur. decis.* 38. *in princ.*, *Osasc. decis.* 36. *num.* 2.

(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 18., *d. l.* 18. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Nemo* 54. *ff. de reg. jur.* (50. 17.).

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 33.

(5) *Fab. d. def.* 33. *in fine*, *ex l. Quamvis instrumento* 4., *et duab. seqq. cod. si quis alteri, vel sibi* (4. 50.).

§. 811.

An eadem sit conditio precarii, ac constituti, seu an eadem vis sit precariae possessionis, qua debitor constituerit, non quidem creditoris nomine possidere, sed pre-

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

cariam ab eo possessionem habere, non inepte disputatur. Consentiunt omnes, in creditorem precarii vi civilem tantum possessionem transferri, naturali interim remanente penes debitorem (1); per constitutum autem non tantum civilem, sed et naturalem possessionem acquiri (§. praeced.). Quare videretur affirmandum, veram ex omni parte possessionem in creditorem non transferri per hujusmodi precarium. Sed, quia naturalem possessionem occupare propria auctoritate potest, qui civilem nactus est (2), idcirco pronunciavit Sabaudus Senatus, creditori aequale in hoc casu jus competere, ut beneficio Justinianeae constitutionis (3) propriam avocet possessionem a tertio possessore, quin necessaria sit previa debitoris excussio (4).

(1) *L. Certe 6. §. Is, qui rogavit 2., l. et habet 15. §. Eum, qui precario 4. ff. de precar. (43. 26.), Fab. cod. hoc tit. lib. 7. tit. 7. def. 15. fere in princ.*

(2) *L. S. id, quod 25. §. ult., l. Peregre 44. §. ult. ff. hoc tit. Atque hinc tradit Faber, eum, qui se debuit obligare cum clausula constituti, non satisfacere, si tantum constituat se precario possidere. Fab. d. def. 15. all. 12.* ✠

(3) *Quae habetur in l. ult. cod. hoc tit.*

(4) *Fab. d. def. 15. prope fin. cod. hoc tit.*

§. 812.

Sed quid juris statuendum est, si utraque clausula constituti, et precarii in eodem instrumento contineatur? Precarii clausula aptane erit alterius vim ita infringere, ut sola civilis possessio in creditorem traslata videatur? Minime sane, cum enim certissimae sint juris regulae, contractui non obesse verborum abundantiam (1); atque utile per inutile non vitiari in iis, quae separari possunt (§. 619. 2.), aequius visum fuit Sabaudo Senatui, precarii adjectionem non nocere creditori, eamque notarii imperitiae adscribere (2): quae contrahentibus damnosa esse non debet (3). Sane nudum constituti nomen aptum non est ad utramque possessionem transferendam, nisi aperte profiteatur debitor se creditoris nomine possidere (4).

(1) *L. Quae extrinsecus 65. ff. de verb. obligat. (45. 1.), l. Non solent 94. ff. de reg. jur. (50. 17.) V. §. 196. D.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 7. tit. 7. def. 16.*

(3) *Argum. l. Errores 7. cod. de testamentis (6. 23.), l. Si librarius 92. ff. de reg. jur.*

(4) *Fab. d. def. 16. in fine.*

§. 813.

Haec quidem, quae de vi constituti diximus, obtinent in rebus corporalibus: incorporalia autem, veluti sunt jura, et actiones, cum nec sub sensus cadant (§. 383.), neque possideri possint, transferri per constitutum eorum possessio nequit (1). Quare, ut scite ratiocinatur Faber, nihil impedit, quominus posterior creditor agat in nomen sui debitoris, quod prius alteri creditori fuerat oppignoratum, in generali bonorum omnium obligatione, adjecta, ut fieri solet, clausula constituti; dummodo tamen alia sint bona, ex quibus primo creditori solvi possit (2); alioquin vires exerere debet juris regula: qui prior est tempore, potior est jure (3).

(1) *L. Quod meo 18, ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 7. tit. 7. def. 19.*

(3) *L. Si decreto 2., l. Si fundum 4. cod. qui pot. in pign. (8. 18.)*

§. 814.

Non tantum pure, sed etiam sub conditione, et in diem contractui adjici potest clausula constituti; utpotequod accessorium est contractus, adeoque recipit omnes ejus qualitates (1). Si sub conditione concepta sit hujusmodi clausula, nonnisi ea existente translata reputatur possessio (2), secundum generales juris regulas (3). Atque idem obtinet, cum dies adjectus fuit (4).

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(1) *Ab-Eccles. observ.* 184. *num.* 5.
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 27.
(3) *L. Cedere diem* 213. *ff. de verb. signif.* (50. 16.)
(4) *D. l.* 213., *Fab. d. def.* 27.

§. 815.

Si quaeratur, utrum existente conditione potestas constituti retrotrahi possit, etiam in praejudicium tertii, qui intermedio tempore corporalem possessionem adeptus fuerit, distinguendum est inter conditionem casualem, vel mixtam, et potestativam. Ex casuali, vel mixta retrotrahitur, non ex potestativa (1). Neque juste conqueri potest postremus creditor, aut se in possessione tueri, quasi debitor possessionem conditione existente, in primum creditorem transferre nequeat, quam amplius non habet; nam ex contractu conditionali jus quaesitum est in spe primo creditori, quod conditione existente perficitur (2): nec ulla obest juris regula, quominus possessio aeque, ac proprietas sub conditione in alterum trasferatur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 36., *l.* 1., *l. Qui balneum* 9., *l. Potior est* 11. *ff. qui pot. in pign.* (20. 4.).
(2) *L. Ususfructus* 26. *ff. de stipulat. servor.* (45. 3.).
(3) *Fab. d. def.* 36. *in fin.*

§. 816.

Cum autem ex vulgari pragmaticorum sententia, prout infra suo loco demonstrabimus, constituti clausula post decennium amplius vires non habeat, quasi neglecta, et per oblivionem amissa possessio sit (1); idcirco, nisi constitutarius intra decennium computandum a die, quo extitit conditio, corporalem possessionem apprehenderit, à possessione excidisse judicabitur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 35., *Thes. decis.* 105. *num.* 8., *et decis.* 215. *num.* 6.
(2) *Fab. d. def.* 35. *cod. hoc tit.*

§. 817.

Cognita generatim constituti vi, singulares ejus effectus, qui ex ea consequuntur, inquirendi sunt. Cum verae traditionis vices gerat constitutum (§. 815.), ejus quoque commoda afferre debet, atque effectus parere. In primis ergo constitutario interdicta competunt retinendae, et recuperandae possessionis (1): atque remedium Justinianeae constitutionis ad avocandam possessionem (2).

(1) *Ab-Eccles. observ.* 183. *num.* 10. ✠, *Osasc. decis.* 137. *num.* 7.
(2) *De quo in l. ult. cod. hoc tit.*

§. 818.

Praeterea constituti clausula, quae apposita fuerit in primogenit, fideicommissi, vel juris patronatus institutione, efficit, ut fundator ipse se successorum omnium jure possidere constituat: et ideo in omnes successores possessionem transferat, quam ipsi acquirunt eodem momento, quo vocatio suum sortitur effectum (1); eodem quippe momento a fundatore in successores transit, quamvis haeredes non sint (2).

(1) *Argum. d. l. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. uti possidetis lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 6.

§. 819.

Hinc etiam rei donatae cum reservatione ususfructus, adjecta clausula constituti, non dominium tantummodo, sed et possessio translata intelligitur (1): atque idem est de re vendita, non autem tradita; si enim adsit constituti clausula, possessio statim in emptorem transfertur ita, ut prior praeferatur in re vendita, quamvis posteriori res vere tradita fuerit (2). Exceptio tantum est, quando constitutum appositum fuit in contractu, quo vendita, vel in solutum data fuit res emphyteuticaria; quia in emphy-

ff. l. 41 tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

teusi nec prodest quidem realis traditio, sed praefertur ille, qui a directo domino investitus est: utpotequia investitura traditionem confirmet, sine qua omnino valere non potest (3).

(1) *Thes. quaest. forens. lib. 4. qu. 64. num.* 3.

(2) *L. Si quis argentum* 35. §. *ult. cod. de donat.* (8. 54.), *junct. l. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

(3) *Thes. d. qu.* 64. *num.* 3. ✠. *Quod tamen non obstat, quominus emptor agere possit ad actualem, et realem traditionem rei emptae, Osasc. dec.* 36. ✠.

§. 820.

Quod si fingamus, venditorem sibi excepisse hypothecam, et possessionem rei a se venditae, adjecta etiam clausula constituti, poterit, nulla facta excussione, quamvis per plurium personas emptio ambulaverit, possessionem ad se avocare, etiam non implorato Justinianeae constitutionis (1), beneficio (2); per hanc enim clausulam retenta potius, quam translata rei possessio videtur (3).

(1) *Quae habetur in l. ult. cod. hoc tit.*

(2) *Fab cod. hoc tit. lib. 7. tit. 7. def.* 37.

(3) *D. l. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

§. 821.

Ex his ulterius sequitur, bona, quae obligata sint cum clausula constituti, in solutum dari non posse, ne creditori quidem, qui hypotheeae anterioris jure gaudeat (1); regula enim, qua traditur, priorem tempore potiorem quoque jure esse (2), obtinet tantum, cum inter priorem, et posteriorem creditorem agitur hypothecaria actione: non vero, ubi quaeritur de possessione retinenda, vel recuperanda; tunc enim antiquus possessor praefertur alteri, quamvis hic hypothecae jure in novo judicio possessionem rursus ad se avocare possit, si debitor excussus solvendo non sit (3). Atque hujusmodi ratio probat, rem alteri locatam cum clausula constituti, durante tempore locationis, per hypothecam in alterum transferri non posse (4), neque in constitutarii dispendium alienari (5).

(1) *Thes. lib.* 3. *quaest.* 6. *num.* 4., *Osasc. dec.* 133. *per tot.* ✠.

(2) *L. Si decreto* 2., *l. Si fundum* 4. *cod. qui pot. in pign.* (8. 18.).

(3) *Osasc. d. dec.* 133. *num.* 8., *et* 10.

(4) *Quia conductoris possessio interverti non potest. L. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

(5) *Osasc. d. dec.* 133. *num.* 7.

§. 822.

Sed utrum constitutarius possit propria auctoritate constituentem expellere, vel alterum, qui sit in corporali possessione, non inepte quaeritur. Consentiunt quidem omnes, licere constitutario fundum vacuum ingredi propria auctoritate (1). Quod si alter possideat, et se in possessione tueatur, vim facere videretur, qui hunc expellere tentaret (2), saltem si justam habeat debitor obsistendi caussam; alioquin enim vim ipse faceret, verum possessorem expellendo, quamvis sola precarii clausula intervenisset (3); quia et per hanc civilis possessio transfertur, quae jus praestat ad naturalem obtinendam (§. 811.). Atque in hoc, subjicit ex Bartoli sententia Faber, potior est illius caussa, qui constituto, vel precario nititur, quam creditoris, cui debitor permiserit, ut propria auctoritate possessionem pignoris ingrediatur; utpotequi abstinere a possessione debet, si debitor facto resistat ingredi volenti (4).

(1) *L. Si id, quod* 25. §. *ult., l. Peregre* 44. §. *ult. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib. 7. tit. 7. def.* 18. *in princ., Ab-Eccles. observ.* 183. *num.* 2. 4., *et* 10. ✠

(2) *L. Si ex stipulatione* 5. *ff. hoc tit., l. Improba possessio* 7. *cod. hoc tit., l. Non est singulis* 186. *ff. de reg. jur.* (50. 17.), *Fab. d. def.* 18. *num.* 3. *in corpore, Ab-Eccles. d. observ.* 183. *num.* 9. ✠.

(3) *Fab. d. def.* 18. *num.* 5. *in corp.*

(4) *Fab. d. def.* 18. *in fin.*, *Ab-Eccles. d. observ.* 183. *num.* 4.

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

§. 823.

Disputant hoc loco interpretes, et in diversas sententias abeunt, utrum constitutum tollat beneficium excussionis, quod tertiis possessoribus bonorum debitoris plerumque competit. In hac autem quaestione placuit tum Pedemontano, tum Sabaudo Senatui affirmantium sententia (1); dummodo tamen non sola hypothecaria actio instituatur, sed imploretur beneficium (2) Justinianeae sanctionis (3): nisi forte venditor exceperit hypothecam, et possessionem rei a se venditae; quippequo casu beneficium a Justiniano concessum necessarium non est; cum venditor potius dominus, quam creditor videatur (4); nec immerito; quia, ut saepius demonstravimus, tum civilis, tum naturalis possessio transfertur per constitutum (§. 810.). Atque eadem precario inest vis (5); quippequod, licet naturalem possessionem non praestet; civilem tamen confert, ex qua jus oritur ad naturalem occupandam (§. 811.).

(1) *Thes. dec.* 53. *num.* 1. ✠, *et dec.* 215. *num.* 2., *Fab. cod. de jur. dotium lib.* 5. *tit.* 7. *def.* 25. *num.* 13. *in corp.*, *Ab-Eccles. observ.* 110. *num.* 25. ✠, *et observ.* 183. *num.* 11. *et observ.* 184. *num.* 10.

(2) *L. ult. cod. hoc tit.*

(3) *Thes. d. dec.* 53. *num.* 4., *et* 5. ✠, *Fab. cod. de exceptionib. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 13., *et cod. hoc tit. l.* 7. *tit.* 7. *def.* 1. *Atque, cum hic de sola possessione quaeratur, non admittuntur exceptiones, quae ad judicium petitorium spectant, secus ac in hypothecaria servetur. Fab. ibid. def.* 11.; *nihil enim commune habet proprietas cum possessione. L. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. hoc tit.; contra pignus nonnisi a rei domino constitui potest. L.* 2. 1., *et tot. tit. cod. si aliena res pign. data sit* (8. 16.).

(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 37.

(5) *Thes. d. dec.* 53. *num.* 3.

§. 824.

Quin etiam ulterius favore creditoris, qui constituti beneficio munitus sit, progressus est Senatus, et censuit, necessariam non esse praeviam debitoris principalis condemnationem, ut creditor vi constituti possessionem rei oppignoratae nanciscatur (1): quamquam tutius, et aequius putat Thesaurus, ut prius debitoris principalis in judicium vocati condemnatio obtineatur: ne alioquin facile damnum contingat tertiis possessoribus, qui forte non a debitore, sed ab aliis possessoribus caussam habent (2).

(1) *Thes. d. decis.* 53. *num.* 5. ✠

(2) *Thes. d. dec.* 53. *num.* 5.

§. 825.

Exceptio supra traditae regulae (§. 823.), qua diximus, attenta constituti clausula, necessariam non esse debitoris excussionem, est in ea specie, qua creditor specialem hypothecam habeat super aliqua re, et generalem super omnibus bonis; tunc enim vi constituti non potest agere ad caetera bona, nisi prius expertus fuerit jure suo ad rem specialiter obligatam (1). Ratio est, quia clausula constituti accessoria est contractus, cujus ideo conditionem sequi debet. Cum ergo hypothecam habens specialem, et generalem, non prius hac uti possit, quam demonstraverit, ex speciali consequi non potuisse, quod sibi debitum est (2), nisi adjecta sit clausula, qua specialitas generalitati non deroget (3): quae regula etiam ad dotem extenditur, utpotequae singulari in hac re privilegio in jure donata non sit, sive hypotheca generalis praecesserit, sive subsequatur (4); consequens omnino est, iisdem regulis subjici constitutum: quin ulterius intersit, quod mortui sint constituens, et constitutarius, cum morte non finiatur constitutum (5), ut infra demonstrabimus.

(1) *Ab-Eccles. observ.* 184. *num.* 11. ✠

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(2) *L. Quamvis* 2. *cod. de pign., et hypot.* (8. 14.).
(3) *Osasc. dec.* 159. *in fin.* ✠
(4) *Ab-Eccles. d. observ.* 184. *num.* 12. ✠
(5) *Thes. decis.* 105.

§. 826.

Sed quod creditoris hypothecaria tantum agentis odio obtinet, ut exceptione non factae excussionis repellatur (§. 828.), non impedit, quominus creditor, qui ab initio hypothecariam actionem contra tertium possessorem elegerat, mutato deinde consilio, antiquam possessionem beneficio Justinianeae constitutionis (1) avocet, etiam postquam opposita haec exceptio fuerit, et lis contestata (2), solutis tamen litis sumptibus in eum usque diem factis (3), ne possessor ex alterius inscitia, vel negligentia oneretur (4). Atque ita utriusque indemnitati consulitur: possessori quidem per refusionem impensarum: creditori vero, ut aequitas suadet; quia per hypothecariam actionem prius institutam praesumi non debet, abjecisse jus sibi competens ad recuperandam possessionem, quam possessoris facto amiserat (5).

(1) *Quae refertur in l. ult. cod. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 2.
(3) *Fab. d. def.* 2.
(4) *L. Non debet* 74., *l. Nemo potest* 75. *ff. de reg. jur.* (50. 17.).
(5) *Argum. l. Mater decedens* 19. *versic. Caeterum ff. de inoffic. testam.* (5. 2.).

§. 827.

An vero creditor in possessione, quam ex constituto acquisivit, retineri debeat ante coeptam, vel finitam discussionis instantiam; post multas altercationes placuit Sabaudo Senatui, distinctionis ope, controversiam hanc definire, itaut repelli creditor debeat, si jam coepta sit discussionis instantia (1); quia tunc non de unius, vel alterius creditoris jure quaeri oporteat, sed omnium creditorum, quorum omnium interest (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 34.
(2) *L. De unoquoque* 47. *ff. de re judic.* (42. 1.).

§. 828.

Quod si nullum inventarium adhuc haereditatis confectum sit; multomagis si aliquid obstet, quominus conficiatur, vel lapsa sint ejus conficiendi tempora, audiri debet creditor, et in possessione retineri, dummodo satisdationem praestet de fundo illo haereditati restituendo, si ita judicari contigerit (1); nam in hisce casibus potius videtur interesse haeredis, contra quem operatur constituti clausula (2), quam creditorum: adeoque mora non debet fieri alteri ex creditoribus, qui possessionem suam avocat, maxime quia possessio extra caussam haereditatis est, cum defunctus transferre non potuerit, quod non habebat (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 34.
(2) *Thes. decis.* 105. *num.* 6.
(3) *L. Nemo plus juris* 54. *ff. de reg. jur.* (50. 17.).

§. 829.

Caeterum omnes fere consentiunt, vim constituti in haeredes tam active, quam passive, ut pragmatici loquuntur, transire; sive in haeredes tum constituentis, tum constitutarii (1), itaut creditor obtineat in judicio possessorio, quamvis haeres constituentis haereditatem adierit cum beneficio inventarii (2). Potior ergo est caussa constitutarii, quam haeredis (3), et donatarii (4).

(1) *Thes. d. dec.* 105. *num.* 6. ✠, *argum. l. Cum in plures* 60. §. 1. *ff. locati* (19. 2.), *Ab-Eccles. observ.* 184. *num.* 4. ✠
(2) *Fab. cod. de bon. auctor. judic. possid. lib.* 7. *tit.* 32. *def.* 11., *sed junge* §. *praeced.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib. 7. tit. 7. def.* 38.
(4) *Fab. cod. uti possidet. lib. 8. tit. 4. def.* 6.

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 3. tit. 32.

§. 830.

Sed, quamvis constitutarius haeredem vincat, quia tamen haeres ex nova Justiniani sanctione (1), legitimus est contradictor, et praefertur in possessione adipiscenda caeteris, idcirco, non obstante constituti clausula, potest adeptam possessionem retinere, et constitutarium cujus jura certa, et manifesta non sint, repellere; quemadmodum potuisset ipse constituens (2); possidentis enim, maxime qui legitimo titulo munitus sit, melior est conditio (3).

(1) *L. ult. cod. de edic. D. Adriani tollendo* (6. 33.).
(2) *V. sup.* §. 822.
(3) *L. Factum* 155. §. *ff. ult. de reg. jur.*

§. 831.

Eadem, ac constituentis, est caussa cessionarii (1); dummodo cessio specialis facta fuerit (2), atque eo tempore, quo adhuc ipse cedens in possessione erat; proinde incontinenti, non ex intervallo (3), cum jam amissa est possessio; non enim prodest juris cessio ab eo facta, qui jus nullum habet (4).

(1) *Thes dec.* 215. *num.* 8. ✠, *Fab. cod. hoc tit.* 7. *lib.* 7. *tit. def.* 24., *Ab-Eccles. d. observ.* 184. *num.* 4. ✠
(2) *Fab. d. def.* 24.
(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 25.
(4) *L. Modestinus* 76. *ff. de solutionib.* (46. 3.).

§. 832.

Cedi ergo potest constituti beneficium (1); quia rei inhaeret, non personae (2): sed specialis cessio requiritur, quae fiat per aliam constituti clausulam, aut huic similem (3); possessio enim nonnisi per veram, aut fictam traditionem acquiri potest (4). Atque insuper requiritur, ut ille, qui possessionem transferre vult, possit hoc facere; adeoque ipse possideat. Hinc tutor, et procurator nequeunt per constitutum possessionem tradere (5), quamvis capaces sint possessionis transferendae per veram traditionem (§. 808.); quia in hoc ficto transferendae possessionis modo omnino desideratur, ut proprio nomine constituens ipse possideat (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 32.
(2) *L. Ex pluribus* 42. *ff. de adminisf.*, *et peric. tut.* (26. 7.).
(3) *Fab. d. def.* 32., *ubi tamen a Senatu definitum refert, cessionarium, in quem non sit translata constituti clausula per aliam similem, experiri posse directis actionibus ex persona cedentis, et agere cedentis nomine iisdem actionibus retinendae, et recuperandae possessionis. Fab. d. def.* 32. *num.* 2. *in allegat.* ✠
(4) *L. Praedia* 48. *ff. hoc tit.*
(5) *Fab. d. def.* 32. *num.* 4., *et* 5. *in corpore.*
(6) *L. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

§. 833.

Hactenus explicavimus constituti vim et effectus. Sed, ut hujusmodi clausula vires suas exerere possit, quatuor a pragmaticis vulgo desiderantur conditiones. 1. Ut contractus, cui adjicitur, licitus sit. 2. Ut constituens eo tempore possideat. 3. Ut constitutum sit de re certa. 4. Ut constitutarius sit praesens, vel congruo tempore ratum habeat.

§. 834.

In primis ergo requiritur ad vim constituti, ut contractus, cui adjicitur, licitus sit, fraudis, simulationis, alteriusve similis vitii expers; cum enim accessorium sit contractus, ejusdem leges sequi debet (1). Atque ex hac constituti natura infert Ab-Ecclesia,

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

adversus constitutum competere easdem exceptiones, quae competunt adversus contractum (2), itaut constitutum adjectum contractui conditionali, nonnisi purificata conditione, vires habeat (3): qua tamen existente retrotrahitur ad tempus contractus, nisi ante eventum conditionis res fuerit alienata (4): quo casu in tertii praejudicium retrotrahi non debet, nisi forte sit apposita clausula *ex nunc prout ex tunc* (5): vel conditio sit casualis, aut mixta; utramque enim odio tertii operari receptum est (6); quemadmodum et in dotis restitutione (7).

(1) *Ab-Eccles. obs.* 184. *n.* 5. ✠, *l. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.).

(2) *Ab-Eccles. d. observ.* 184. *num.* 5. ✠

(3) *Ab-Eccles. d. observ.* 184. *num.* 6. ✠

(4) *Ab-Eccles. d. observ.* 184. *num.* 8.

(5) *Ab-Eccles. d. observ. num.* 8., *Thes. dec.* 38. *num.* 25., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 35.

(6) *Fab. cod. hoc tit. def.* 36., *Ab-Eccles. d. num.* 8., *l.* 1., *l. Qui balneum* 9., *l. Potior* 11. §. 1. *ff. qui potior in pign.* (20. 4.).

(7) *Ab-Eccles. d. observ.* 184. *num.* 9. ✠

§. 835.

Altera ad vim constituti requisita conditio in eo est: ut constituens possideat eo tempore, quo se alterius nomine possidere constituit (1); nemo enim jus in alium transferre potest, quod ipse non habet (2): itaut nec possessio superveniens creditori prosit (3); quia possessio, utpote res facti, fictionem juris recipere non potest; nec in alium transferri, priusquam sit quaesita: nisi id nominatim actum sit, ut possessio tunc translata intelligatur a creditore, cum debitor eam adeptus fuerit; veluti cum debitor non tantum praesentia, sed et futura bona pignori subjicit, adjecta clausula constituti (4).

(1) *L. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 14.

(2) *L. Nemo* 54. *ff. de reg. jur.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 14.

(4) *Fab. d. def.* 14.

§. 836.

Sed, quod modo diximus de vi constituti, quoad bona futura, tantummodo obtinet odio ipsius debitoris, vel alterius, qui ab eodem debitore caussam habeat, non autem odio ejus, qui medio tempore jus acquisierit ab alio, vel qui caussam utique habeat a debitore, sed anteriorem (1). Debitor sane objicere nequit, quod constituti tempore non possederit; quippequi contractum ex sua parte adimplere tenetur (2): qui vero a debitore jus suum dimetitur, ejus conditionem sequi debet (3); non tamen praejudicium alteri inferre, cujus caussa a caussa debitoris non pendet (4); vel qui prior jus sibi quaesivit a debitore, cum in hujus potestate non sit, ut creditoris sui conditionem deteriorem faciat (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 20.

(2) *L. Si quis alienam* 46. *ff. de act. empt.* (19. 1), *l. Rem alienam* 41. *ff. de pign. act.* (13. 7.).

(3) *L. Nemo* 54., *l. Invitus* 156. §. *penult. ff. de reg. jur.*

(4) *L. Potior* 11. *ff. qui potior in pign.* (20. 4.).

(5) *L. Debitor.* 3. *ff. de separationib.* (42. 6.).

§. 837.

Ex his consequens est, neque procuratorem, nisi speciale mandatum habeat, neque judicem per constituti clausulam adjectam decreto transferre possessionem (1). Atque eadem ratio tutoris est, necnon curatoris, si jus strictum inspiciamus: quamquam ex aequitate receptum, ait Faber, ut tutor pupilli nomine alteri possessionem tribuat,

cum illud pupillo utile est (2). Sane praelato Ecclesiae idem jus concedi non debet, nisi capituli quoque consensus accedat; quia non praelatus, sed Ecclesia possidet (3).

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(1) *L. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*, *l. Communis servus* 42. §. 1. *ff. hoc tit.*, *Ab-Eccles. observ.* 148. *num.* 7.

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 17.

(3) *Fab. d. def.* 17. *in fine.*

§. 838.

Disputant hac occasione pragmatici, utrum valeat constitutum, quod post mortem collatum fuerit. Consentiunt quidem omnes, constitutum non finiri morte constituentis, aut constitutarii (1); sed in haeredes transire, quemadmodum supra demonstravimus (§. 829.). Quod si nonnisi post constituentis mortem ex contrahentium placito incipere debeat, probabilius defenditur nullius roboris esse conventionem hanc; cum enim debitor eo tempore amplius non possideat, in alterum transferre possessionem nequit (2): nisi forte adjecta sit conditioni clausula *ex nunc prout ex tunc* (3).

(1) *Thes. dec.* 105. *num.* 6. ✠, *Fab. cod. hoc tit. def.* 39.

(2) *Thes. dec.* 38. *num.* 1. ✠

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 35. *V. Thes. d. decis.* 38. *num.* 4., *ubi videtur contrarium sentire.*

§. 839.

3. Ad vim constituti requiritur, ut sit de re certa; incertae enim rei nulla possessio esse potest (1): necesse tamen non est, ut res ex omni parte certa sit; potest enim pars fundi pro indiviso possideri (2); cum et pars incerta, quae sit ex re certa, veluti fundi legati, ex quo adhuc quarta falcidia deducenda sit (3); namque in his speciebus sufficiens ad possessionem certitudo reperitur.

(1) *Incertam partem rei possidere nemo potest; veluti si hac mente sit, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. L. Possideri* 3. §. 2. *ff. hoc. tit.*

(2) *L. Locus certus* 26. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Quae de tota* 76. *ff. de rei vind.* (6. 1.).

§. 840.

Postremo non valet constitutum, nisi constitutarius sit praesens, vel congruo tempore ratum habeat (1); sicut enim constitutum ex parte constituentis locum tenet traditionis (§. 749.), ita ex parte constitutarii repraesentare debet rei apprehensionem, quae sine praesentia, et consensu, vel saltem posteriori ratihabitione fingi non potest. Si ergo constituens de possessione expellatur, antequam constitutarius rem ratam habuerit, constitutario non debet competere remedium recuperandae possessionis; quia congruo tempore, sive re integra, secuta non fuit ratihabitio (2).

(1) *Ab-Eccles. observ.* 184. *num.* 13. ✠

(2) *Ab-Eccles. d. observ.* 184. 13.

§. 841.

Ulterius conclusionem hanc extendit Ab-Ecclesia ad eum casum, quo notarius pro absente stipulatus sit; quia absenti per notarium acquiri potest quidem actio, quae juris est; non autem possessio (1), quae factum respicit (§. 787.): nisi speciale mandatum intervenerit (§. 842.). Non tamen ratihabitio expressa requiritur, sed sufficit tacita, quae eandem ac expressa vim habet (2).

(1) *Ab-Eccles. d. observ.* 184. *num.* 13. ✠

(2) *Ab-Eccles. d. n.* 13., *l. Soluto matrimonio* 2. §. *ult. ff. sol. matr.* (24. 3.), *l. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.).

§. 842.

Neque etiam pupillo per notarii stipulationem possessio quaeritur ex clausula constituti, nisi secuta ratihabitione; quia pupillus septennio major, etiam sine tutoris au-

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

ctoritate, potest incipere possidere; cum possessio, ut ratiocinatur Paulus ex Nervae sententia, facti sit, non juris (1). Aliud contraria ratione traditur de infante (2), aequitate suggerente; quia infans, utpote consilii expers, possessionis adipiscendae capax non est (3).

(1) *L.* 1. §. *Furiosus* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *Ab-Eccles. d. observ.* 184. *num.* 14. *in fine.*
(3) *D. l.* 1. §. 3. *ff. hoc tit.*

§. 843.

Enumeratae hactenus conditiones ad vim constituti sufficiunt. Sed, si quis ex eo agere velit, in primis debet remedium hoc specifice implorare (1): tum probare identitatem bonorum (2); haec enim res facti est; quae non praesumitur (3). Sane nemo dubitat, quin praecisa lege municipali constituti beneficium denegetur, nisi creditor expresse de eo sibi caverit. Dixi, praecisa lege municipali; statutum quippe est jure nostro, ut generalis hypotheca bonorum, et constituti possessorii clausula adjectae intelligantur in omnibus contractibus, atque actibus ultimarum voluntatum, qui publico instrumento fiant: aut etiam per scripturam privatam, quoties eadem permittitur; eandemque vim habeant, ac si expressae fuissent (4).

(1) *Thes. dec.* 35. *num.* 5. ✠
(2) *Maxime si actionem instituat adversus tertium possessorem.*
(3) *L. Quoties operae* 18. *ff. de probationib.* (22. 3.).
(4) *Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 16. §. 8.

§. 844.

Amittitur constituti beneficium pluribus modis. Et primo quidem constitutarii negligentia, qui decennium, a die natae actionis computandum, labi permiserit, antequam corporalem rei possessionem apprehenderit (1); quia per tanti temporis spatium praesumitur oblivio, ex qua amittitur possessio haec, quae solo animo retinetur, si modo alter rei possessionem invaserit, nec possessio apud constituentem permanserit (2); quia memoriae infirmitas non affert damnum possessionis, quam alius non invasit, ut docet Papinianus (3): elapso autem decennio, tribuitur constitutario beneficium Justinianeae sanctionis (4), quod usque ad triginta annos, caeterarum actionum exemplo (5), perdurat (6).

(1) *Thes. dec.* 215. *num.* 6., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 10.
(2) *L. Si de eo* 40. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Pergere* 44. *princ. ff. hoc tit.*
(4) *De quo in l. ult. cod. hoc tit.*
(5) *L. Sicut* 3. *de praescript.* 30., *vel* 40. *ann.* (7. 39.)
(6) *Thes. dec.* 105. *num.* 8. ✠, *et dec.* 215. *num.* 6. ✠, *et in addit. litt.* A., *Ab-Eccles. observ.* 184. *num.* 3. ✠

§. 845.

Dixi, decennium a die natae actionis computandum esse. Si ergo contractus conditionalis sit, non ante incipit decennium, quam extiterit conditio (1); quia ab hoc tantum die, constituti vi, translata censetur possessio (§. 816.).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 10.

§. 846.

Non tantum per praescriptionem longi, vel longissimi temporis amittitur constituti beneficium, sed et per aliquem actum, ex quo tacita huic beneficio renunciatio eruatur; quisque enim libere dimittere potest jura sibi competentia (1). Hinc tradit Faber, matrem, quae sibi quaesierit hypothecam in bonis mariti pro dote ex clausula constituti; si deinde viro defuncto tutelam filii administret, atque bona omnia ad pupillum spectantia solemniter, et sub hasta locet, quin de jure suo protestetur, amittere, non

quidem dotem, sed possessionem hanc, quae per clausulam constituti habetur (2); cum enim solo animo acquiratur (3), solo quoque animo amittitur (4). ff. l. 41. tit. 2. Col. l. 7. tit 32.

(1) *L. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pactis* (2. 3.)

(2) *Fab. cod. hoc. tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 30.

(3) *L. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.).

§. 847.

Praeterea acquisita per constitutum possessio amittitur, cum ille, qui possessor ex ea clausula factus est, petit se mitti in possessionem, cum petere debuisset se in possessione retineri (1); fatetur enim se in possessione non esse, qui in eam mitti postulat (2). Quod si constitutarius petierit se in possessione retineri, judex autem prununciaverit in possessionem mitti, sententia utpote non conformis libello, nulla erit (3), adeoque constitutario non oberit, nisi forte passus sit, non interposita appellatione, ut transiret in rem judicatam (4); res enim judicata pro veritate habetur (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 29.

(2) *L. Cum haeredes* 23. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Ut fundus* 18. *ff. comm. divid.* (10. 3.), *Fab. cod. hoc tit. def.* 29.

(4) *Fab. d. def.* 29. *num.* 10. *in corp.*

(5) *L. Res judicata* 207. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 848.

An resoluto contractu resolvatur quoque constitutum, non una est omnium sententia. Affirmant aliqui; quia constitutum accessorium est contractus (§. 814.), adeoque ejus conditionem sequi debeat (1). Negant alii, nisi actus priori similis intercesserit (2); quia unumquodque eodem modo dissolvi debeat, quo colligatum est (3): atque ita ex diversa rerum indole fiat, ut accessorium conditiones principalis non sequatur.

(1) *L. Cum principalis* 178., *l. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. de reg. jur.*

(2) *Osasc. dec.* 35. *num.* 5., *et* 9. ✠, *ex l.* 1. *cod. quando lic. ab empt. discedere* (4. 45.).

(3) *D. l.* 1. *cod. quando lic.*

§. 849.

Quod si speciem fingamus de creditore, qui possessionem, per clausulam constituti quaesitam, una cum pignore remiserit, etiamsi deinceps adversus remissionem hanc restituantur, possessionem tamen ipso jure non recuperabit (1), ideoque restitutione impetrata petere non debet, ut in possessione retineatur, sed ut amissam possessionem recipiat: cum enim possessio facti magis, quam juris sit (§. 787.), ipso jure recuperari non potest (2).

(1) *Fab. cod. unde vi lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 4.

(2) *L. Cum haeredes* 23. *ff. hoc tit.*

CAPUT III.

Quae sint commoda legitime quaesitae possessionis, et quibus modis legitime acquisita probetur.

SUMMARIA.

Referuntur plura commoda possessionis. §. 850.

Possessor regulariter non tenetur edere titulum suae possessionis. Quis in concursu praeferatur? §. 851.

Possessori conceditur privata auctoritate repellere dejicientem, eumque rursus dejicere, dummodo incontinenti hoc fiat. §. 852.

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

Possessio regulariter non praesumitur, sed probari debet. §. 853.

Qui affirmat se acquisisse possessionem ex aliqua caussa, probare debet, se non tantum gessisse actus illos possessorios, sed ex eadem caussa gessisse. §. 854.

Possessio recipit interpretationem ex qualitate tituli, et ad eum refertur, de quo apparet, et verisimilior est. Si titulus possessionis discrepet ab actibus, neutrum prodest. §. 855.

Cum justa praecessit caussa possidendi, facilius creditur quis possedisse. Quid si plures caussae concurrant? §. 856.

Plene probari debet possessio, cum de redintegratione agitur: leviores recipiuntur probationes ad obtinendam manutentionem. §. 857.

Possessio probatur ex rei dominio, confessione adversae partis, testibus, scripturis, judicis decreto. §. 858.

Probatur etiam ex locatione, atque exactione mercedis. §. 859.

Potior caeteris probatio desumitur ex fructuum perceptione jure proprio: fructuum perceptio per duos testes demonstratur. §. 860.

Ex fructuum perceptione non probatur possessio, nisi fructus percepti fuerint ab eo, qui eorum percipiendorum capax sit. Consectarium. §. 861.

Rerum incorporalium possessio probatur potissimum ex solutionibus praecedentibus: atque unicus actus sufficere potest. §. 862.

Qui utitur possessione ad probandam acquisitionem, non amplius intelligitur praescripsisse, quam possedit; nisi caussa generalis sit. §. 863.

§. 850.

Acquisitae legitime (1) possessionis plures sunt effectus. Atque in primis leges admodum favent diuturno possessori, non tantum quoad firmitatem contractus, sed etiam quoad ejus solemnitates (2). Quod si adjunctam habeat bonam fidem, quae semper in possessore praesumitur (3), per eam quoque, deficiente dominio, fructus omnes tum naturales, tum industriales, tum civiles acquiruntur (§. 652. 2.). 2. Si per temporis spatium a lege definitum continuetur, possessori rei dominium addicit, dummodo caetera quoque interveniant, quae legibus ad praescriptionem requiruntur (4). 3. Possessoris, etiam injusti, in pari caussa melior est conditio (5): itaut onus probandi adversario incumbat (6); quo in probatione cessante dominium penes possessorem remanet (7). Quin etiam manutentio conceditur ei, qui civilem retinet possessionem, licet naturalem amiserit (8).

(1) *Quae enim legitime coepta non est, nullos parit effectus Ab-Eccles. observ.* 191. *num.* 1. *Nec etiam prosunt actus possessorii, qui facti sint ex liberali caussa, vel jure familiaritatis contra eum, a quo ita quis possidet: prosunt tamen contra tertium non possidentem, et novo jure venientem. L. ult. cod. hoc tit.*

(2) *Temporis enim diuturnitas, maxime si adjunctam habeat possessionem, omnia rite gesta demonstrat. V.* §. 745., *et* 746. *Tom. II.*

(3) *Thes. lib.* 4. *quaest.* 48. *num.* 11.

(4) *Princ. et* §. *seqq. instit. de usucap.* (2. 6.)

(5) *L. ult. ff. hoc tit., Thes. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 106. *num.* 3., *Osasc. dec.* 25. *num.* 4.

(6) *L. Is, qui destinavit* 24. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.).

(7) *L. Possessiones* 2. *cod. de probat.* (4. 19.), *l.* 1. §. *Interdictum* 6. *ff. uti possidetis* (43. 17.).

(8) *Fab. cod. uti possidet. lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 9. *Civilis autem possessio a pragmaticis dicitur, quae solo animo retinetur, quamdiu naturalis non negligitur.*

§. 851.

Ad haec possessor regulariter non tenetur edere titulum suae possessionis (1): quamquam possessio titulo munita in concursu possessionum praefertur. Quod si neu-

ter possessionem probet, vincit ille, qui titulum habet; in concursu autem titulorum potior est caussa tituli antiquioris (2). Quod si de possessorio summarissimo, ut ajunt pragmatici, quaestio sit, praefertur, qui tempore litis contestatae possidet, quamvis alter probet antiquiorem suam possessionem etiam titulo munitam, nisi simul probetur continuata usque ad tempus litis contestatae; quia quaestio haec pertinet ad merita possessorii plenarii (3).

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(1) *L. Cogi possessorem* 11. *cod. de petit. haeredit.* (3. 31.), *Ab-Eccles. observ.* 158. *num.* 8.

(2) *Ab-Eccles. observat.* 187. *num.* 14.

(3) *Ab-Eccles. observ.* 197. *num. ult.*

§. 852.

Praeterea possessor privata auctoritate repellere potest eum, qui ipsum e sua possessione dejicere tentat: quin, etiamsi jam dejectus sit, alterum dejicere potest, dummodo incontinenti hoc fiat (1) (alioquin non defensio permissa, sed prohibita aggressio esset, si ex intervallo fieret), aut interdicto unde vi experiri, ut sibi possessio restituatur (2). Repetit quoque omnia damna, quae ex dejectione passus est quasi dejectus non fuisset (3); perinde enim adhuc habetur, ac si possideret (4).

(1) *L. Quod est* 3. §. *Eum igitur* 9. *ff. de vi, et vi armata* (43. 16.).

(2) *L.* 1. §. *Qui a me* 30. *ff. eod. tit.*

(3) *D. l.* 1. §. *Qui vi dejectus* 31.

(4) *L. Si quis vi* 17. *ff. hoc tit.*

§. 853.

Ut autem haec commoda possessionis habeantur, ipsa possessio probanda est. Sed, antequam modos expendamus, quibus possessio demonstratur, quaedam praenotanda sunt, lucem caeteris allatura. In primis generalis statuitur regula (quae tamen in aliquibus casibus exceptionem admittere potest), possessionem per se nunquam praesumi; cum enim, ut toties diximus, facti magis, quam juris sit, necessario probari debet (1).

(1) *L. Quoties operae* 18. *ff. de probat.* (22. 3.)

§. 854.

Quinimo post alios sentit Osascus, ei qui possessionem, vel quasi possessionem quaesiisse affirmat ex aliqua caussa, onus incumbere, ut probet, se non tantum gessisse illos actus possessionis, sed et ex eadem caussa gessisse (1); cum enim possessio non acquiratur sine animo eandem adipiscendi, ex actu aequivoco acquisita non praesumitur (2); quippequi forte jure familiaritatis, vel precarii inniti potest, quod naturalem tantum, non civilem possessionem praestat (§. 790.).

(1) *Osasc. decis.* 101. *num.* 39.

(2) *L. Male agitur* 2. *cod. de praescrip.* 30., *vel* 40. *ann.* (7. 39.)

§. 855.

His adde, possessionem ex tituli qualitate interpretationem recipere (1); atque ad eum referri, de quo apparet (2), et verosimilior est: quo fit, ut jure haereditario possidere praesumatur, qui bona haereditaria tenet, cum haeres testamento institutus est, vel ad legitimam haereditatem vocatur (3), nisi aliud demonstretur (4). Si ergo titulus possessionis ab actibus discrepet, neutrum ad possessionem prodest (5): atque probato tituli vitio, nulla quoque possessio est, quamvis antiquissima sit (6).

(1) *Fab. cod. de probationib. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 3. *num.* 13. *et seqq.*

(2) *L. Quaedam mulier* 77. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *l. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.), *Fab. cod. de repud., vel abstin. haeredit. lib.* 6. *tit.* 12. *def.* 1.

(3) *Fab. d. def.* 1., *Ab-Eccles. observ.* 155. *num.* 12.

(4) *Fab. d. def.* 1. *num.* 4. *in allegat.*

II. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(5) *Quia alter alterum destruit.*

(6) *Effectus enim commensurari debet suae caussae. Argum. l. In agris 16. ff. de acquir. rer. dom.* (41. 1.), *l. Adigere* 6. §. *Quamvis nulla* 2. *ff. de jure patronat.* (37. 14.), *l. Quod dictum* 32. *ff. de pactis* (2. 14.).

§. 856.

Si justa praecesserit caussa possidendi, subjicit Faber, facilius credendus est quis possedisse; et quidem eo jure, quo possidere potuit: cum vero plures caussae concurrunt, ex ea, quae favorabilior videri potest; nisi contraria sint voluntatis argumenta, veluti cum quis rem communem possidet: illam enim nonnisi pro sua parte possidere existimatur (1), ut delicti praesumptio vitetur (2).

(1) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 1. *num.* 13., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Merito* 51. *ff. pro socio.* (17. 2.)

§. 857.

Probari ergo debet possessio, sed pro diversitate caussarum diversae requiruntur, et recipiuntur probationes. Cum de redintegratione agitur, plene probanda est (1); utpotequia alter a possessione, in qua constitutus est, et cujus melior est conditio (2), dejici debet. Quod si de manutentione in judicio summario quaestio sit, leviores probationes sufficiunt (3); quippe possessor jus suum tantummodo tueri contendit, non alteri eripere: quare, qui probavit se possedisse paullo ante litem contestatam (4), adhuc possidere praesumitur (5), nisi alter se medio tempore possedisse edoceat (6): et e converso, qui nunc possidet, olim quoque praesumitur possedisse (7).

(1) *Argum. l. In eo* 33. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Nemo* 126. §. *ult.*, *l. In pari caussa* 128. *ff. eod. tit.*

(3) *Ab-Eccles. observ.* 197. *num. ult.*

(4) *Osasc. dec.* 40. *num. pen.*, *et ult.*

(5) *Ab-Eccles. observ.* 197. *num.* 10. ✠, *Osasc. decis.* 43. *num.* 2. ✠, *et decis.* 99. *num.* 51., *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 3. *in princ.*, *et def.* 44.

(6) *Ab-Eccles. d. observ.* 197, *num.* 11. ✠

(7) *Argum. l. Nemo ambigit* 10. *cod. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 3. *cod. de probat.*

§. 858.

Hisce praenotatis, possessionem pluribus modis, seu argumentis demonstrari posse dicimus: atque in primis probatur ex rei dominio (1); quippequia proprietas a possessione vix separari possit (2): tum ex confessione adversae partis, etiam alias factae, possessio probatur (3); fere enim caeteris probationibus praestat, quae ex adversarii asseveratione desumitur (4); testibus, scripturis, maxime si in instrumento adsit clausula constituti (5): ex actu judiciali immissionis in possessionem (6).

(1) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 3. *num.* 13., *nisi ex adverso probetur alius possessionis titulus, veluti jure pignoris. Fab. ibid. def.* 40.; *fortior enim est praesumptio, quae ex titulo desumitur,* §. 855.

(2) *L. Per procurator.* 8. *cod. hoc tit.*

(3) *Argum. l. Certum confessus* 6. §. *Sed etsi fundum* 2. *ff. de confessis* (42. 2.).

(4) *L.* 1. *ff. de confessis.*

(5) *Testibus quidem, et scripturis possessio probatur, quemadmodum caetera, quae in facto consistunt: potissimum vero ex constituto, ex quo vera naturalis, et civilis possessio transfertur* (§. 810.): *quamquam per testes plerumque probandam esse possessionem contendit Faber in d. def.* 3. *cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14., *nec instrumenta admitti, nisi favor antiquitatis, ex qua facile perierunt aliae probationes, hanc unam admitti suadeat.*

(6) *Ex eo enim vera possessio acquiritur, legis ipsius vi.* §. 795.

§. 859.

ff. l. 41. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 32.

Probatur quoque possessio ex locatione, et exactione mercedis: potissimum si plures locationes secutae proponantur, et pensio locatori soluta fuerit (1). Quod si solum locationis instrumentum proferatur, quamvis ex eo nec dominium, nec possessio adstruatur (2), ut per se patet, probari tamen potest, ait Faber, spoliatio ex eo solo, quod quis alieni beneficii fructus locaverit tamquam suos, vel tamquam ad se pertinentes (3); quia spoliatio est, quoties quis ingreditur possessionem rei, quae ad alterum spectat (4).

(1) *Argum. l. Titia* 48. *ff. de solut.* (46. 3.). *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 14.

(2) *Cap. Inter dilectos* 6. *extra Decr. Greg. d. fide instrum.* (2. 22.), *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 14.

(3) *Fab. d. def.* 14.

(4) *Can. Redintegranda* 3. *caus.* 3. *quaest.* 1.

§. 860.

Jam innuimus, ex fructuum perceptione possessionem probari (1): atque haec probandae possessionis ratio caeteris praestat (2): potissimum si interveniant actus culturae, et recognitio colonorum. Si tamen jure proprio, non creditoris, vel coloni percepti fuerint: fructuum autem perceptio per duos testes probari potest (3), nisi testes aliquo suspicionis vitio laborent, puta subditi sint, vel coloni (4).

(1) *L. Titia* 48. *ff. de solut.* (46. 3.), *Osasc. decis.* 43. *num.* 3.

(2) *Fab. d. def.* 14. *cod. de probat.*

(3) *L. Ubi numerus* 12. *ff. de testibus* (22. 5.).

(4) *L. Etiam* 3. *cod. de testib.* (4. 20.)

§. 861.

Altera quoque conditio desideratur, ut ex perceptione fructuum demonstrata videatur possessio, atque in eo consistit, ut percepti fuerint ab illo, qui eorum percipiendorum capax sit, vel saltem ab alio ejus nomine. Hinc colligit Faber (1), possessionem beneficii non satis ex eo probatam videri, quod pater ejus, qui beneficium possedisse dicitur, per aliquot annos fructus beneficii perceperit; cum enim beneficii fructus ad filium, non ad patrem pertineant, nec pater in his sit legitimus administrator (2), patris factum filio non prodest, nisi mandatum probetur (3), quod non praesumitur (4).

(1) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 30.

(2) *Cap. ult. extra de judic. in* 6. *Decret.* (2. 1.)

(3) *L. Si quis apud* 3. §. *Sed et si forte* 3. *ff. judicatum solvi* (46. 7.).

(4) *L.* 1. *cod. de procuratorib.* (2. 13.), *l. Ex mandato* 20. §. 1. *ff. mandati* (17. 1.).

§. 862.

Quae hactenus tradidimus de modis probandae possessionis, maxime conveniunt rebus corporalibus; sed rerum quoque incorporalium possessio suis argumentis demonstrari potest (1), et potissimum ex praecedentibus solutionibus (2): immo passim tradunt pragmatici, unicam solutionem, quae facta sit, ex caussa obligatoria, ut loquuntur, sufficere ad probandam hujusmodi possessionem (3): saltem si longissimo tempore nonnisi unus casus evenerit, quo actor jure suo uti potuerit (4); si enim aliquando jure suo usus sit, aliquando non usus, dummodo utendi occasionem non ignoraverit, unus, aut alter actus prodesse ad possessionem nequit (5).

(1) *Ab-Eccles. observ.* 189. *num.* 13.

(2) *Ab-Eccles. d. observ.* 189. *num.* 13.

(3) *Ab-Eccles. d. observ. num.* 14.

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 3.

(5) *Fab. d. def.* 3. *num.* 3. *in corpore.*

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 3. tit. 32.

§. 863.

Caeterum opportune hic monet Faber, cum, qui possessione nititur ad diversorum jurium acquisitionem inducendam, et probandam, non amplius praescripsisse intelligi, quam possederit (1); ne longius protendatur effectus, quam caussa praecesserit: nisi caussa generalis sit, atque ea quoque jura comprehendat, de quibus disputatur (2); in hac enim specie locum habet juris axioma, in toto et partes contineri (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. def.* 3. *num.* 5., *et seqq. in corp., argum l.* 1. §. *Julianus* 5. *ff. de itinere actuque privato* (43. 19.).

(2) *Fab. ibid. num.* 6.

(3) *L. In toto* 113. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

CAPUT IV.

Quibus modis acquisita possessio retineatur, amittatur: et amissa recuperetur.

SUMMARIA.

Acquisita possessio solo animo retinetur, non tamen plerumque ultra spatium decennii. §. 864.

Cum duo in ejusdem rei possessione retineri contendunt, praefertur ille, qui melius probat suam possessionem; nisi alter titulo simul munitus sit. §. 865.

Retinetur quoque possessio per procuratores, colonos, fructuarios, conductores, commodatarios, et similes; nec amittitur, quamvis isti mortui fuerint, vel possessionem dereliquerint. §. 866.

Nemo potest, solo animo, sibi mutare caussam suae possessionis. §. 867.

Si quaedam extrinseca caussa interveniat, potest quis animo dimittere priorem possessionem, atque incipere possidere ex alio titulo. §. 868.

Per constitutum possessorium caussa non mutatur, sed ab uno in alium transfertur. §. 869.

Possessio non amittitur solo animo, praeterquam ea, quae per constitutum possessorium acquisita fuit. § 870.

Explicatur Paulus asserens, solo animo possessionem amitti. §. 871.

Rerum mobilium possessio amitti potest, tum ex facto proprio, tum ex facto alterius. Quibus modis utrumque contingat? §. 872.

Quibus modis amittatur possessio rerum immobilium? §. 873.

Aufertur possessio ab eo, qui mendaciter negat se possidere, et transfertur in actorem: restituitur tamen purgato mendacio, et solutis expensis. §. 874.

Non amittitur possessio per mortem constituentis, aut constitutarii, neque per factum coloni, qui alium domini loco agnoverit. §. 875.

Facilius amittitur possessio, licet per traditionem quaesita, quam jus pignoris. Quare potest, retento jure pignoris, ex voluntate creditoris possessio amitti. §. 876.

Amissa possessio recuperatur per interdicta possessoria, atque praesertim condictione Justinianea, quae reconventionem non admittit, nec praescriptione ordinaria perimitur §. 877.

Possessio per constitutum, solo animo amissa, recuperari potest sine nova traditione: si autem traditio intercesserit, retrodonatio necessaria est. §. 878.

Transitio ad titulum de servitutibus. §. 879.

§. 864.

Quamvis possessio solo animo sine corporis ministerio acquiri non possit (§. 793), acquisita tamen non tantum animo, et corpore, sed et solo animo retinetur (1); ita

tamen ut ultra decennii spatium vix prodesse possit haec civilis animo retenta possessio (2); cum eo transacto ignorantia, aut oblivio praesumatur, quae non sinit, ut possessio animo retineatur. Haec tamen regula fallit, si ex quibusdam actibus oblivio excludatur (3); facilius enim aliquid retinetur, quam de novo acquiratur. Hinc, si quis praedii possessionem neglexerit, non tamen animo derelinquendi, nullum praejudicium pati ex transmissi temporis injuria tradiderunt Imperatores (4). Quod si domino absente alter clam occupaverit fundum, dominus non prius desinet possidere, quam, sciens ab alio possessionem apprehensam, ausus non fuerit in eam reverti, forte metuens vim majorem (5). ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(1) *L. Licet possessio* 4. *cod. hoc tit.*, *l. Possideri* 3. §. *Saltus hybernos* 11., *l. Peregre profecturus* 44., *l.* 45., *et* 46. *ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. uti possidetis lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 9., *et cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 4. *num.* 7. *in corp.*, *Ab-Eccles. observ.* 197. *num.* 8.; *veluti si communitas eos, qui collectas solvere tenentur, in libro descripserit, quamvis eas non exegerit.*

(3) *L. Si id, quod* 25. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 9.

(4) *D. l.* 4. *cod. hoc tit.*

(5) *L. Possideri* 3. §. *Si quis nunciet* 8., *l. Clam possidere* 6. §. 1., *et l.* 7. *ff. hoc tit. Si dominus non audeat in possessionem reverti, posterior possessor vi potius, non clam possidere judicatur. D. l.* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*; *quia priorem dejecisse videtur. Quod si possessionem sponte a domino, metu correpto, derelictam alter occupaverit, vi penitus deficiente, clam hunc possidere dicemus. L. Sequitur* 4. §. *pen. ff. de usurpat., et usucap.* (41. 3.)

§. 865.

Sed quid juris, si duo in possessione retineri contendant? Consentiunt omnes, atque ex dictis, et ex ipsa naturali ratione satis constat, neminem de retinenda possessione agere posse, nisi vere possideat, saltem civiliter, idest animo, itaut non prosit possessio, quae a jure familiaritatis, vel precario originem ducit, quicumque faveat actuum numerus, vel temporis lapsus (1). Non tamen ullus titulus verus, aut etiam coloratus, ut loquuntur, desideratur; de facto quippe hic agitur, non de jure, si proprie loqui velimus (2). Sufficit ergo probare possessionem tempore litis contestatae, vel paullo ante (3). Hinc, duobus de possessione contendentibus, praeferri debet ille, qui melius probat suam possessionem (4): nisi forte alter praeter possessionem titulo munitus sit (§. 475.).

(1) *L. Qui legatorum* 2. §. 1. *ff. pro haerede* (41. 5.), *l. Possideri* 3. §. *Illud quoque* 19. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Furiosus* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L.* 1. *princ. ff. uti possidetis* (43. 17.), *Fab. cod. eod. tit. lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 5.

(4) *L. Si duo* 3. *ff. uti possidetis*, *Fab. cod. eod. tit. def.* 5.

§. 866.

Quemadmodum non tantum per nosmetipsos, sed et per alios possessionem adipiscimur (§. 803.), ita et per alios eandem retinemus: veluti per procuratores, colonos, fructuarios, conductores, commodatarios, et his similes (1). Nec amittitur possessio, quamvis hi mortui fuerint (2), vel possessionem dereliquerint, ut constituit Justinianus, cui iniquum visum est, alterum ex alterius dolo, vel negligentia jacturam ferre (3), cum de damno vitando agitur: quamquam in lucro amittendo alterum alteri nocere patitur; quia sibi imputare debeat quisquis dolosis, vel desidibus ministris utitur (4).

(1) *L. Possideri* 3. §. *Si quis nunciet* 8., *et* §. *Caeterum* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 3. §. 8., *l. Si id, quod* 25. §. 1. *ff. hoc tit.*

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

(3) *L. ult. cod. hoc tit.*
(4) *D. l. ult. prope fin.*

§. 867.

Retinetur ergo possessio solo animo (§. 864.); sed solo animo nemo mutare sibi potest caussam suae possessionis (1): videlicet, ut explicat Marcellus, dum quis corpore, et animo possessioni incumbit, statuere secum nequit, ut alio titulo possideat (2): atque regula haec etiam in naturali possessione locum obtinet (3). Hinc sequitur, filiumfamilias id, quod sibi a vivo patre donatum fuerat, non posse, secuta patris morte, pro haerede possidere; quo ulterius fit, ut partem rei donatae ad cohaeredes pertinentem usucapere pro haerede non valeat (4). Sed neque colonus, neque depositarius, nec commodatarius lucrifaciendi caussa pro haerede usucapere possunt (5); cum enim possessio facti sit (§. 787.), ex sola animi destinatione sine aliquo facto mutationis capax non est.

(1) *L. Possideri* 3. §. *Illud quoque* 19. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Qui bona fide* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Qui legatorum* 2. §. 1. *ff. pro haerede* (41. 5.).
(4) *D. l.* 2. §. *ult.*
(5) *D. l.* 2. §. 1.

§. 868.

Dixi, ex sola animi destinatione neminem sibi mutare posse titulum suae possessionis: sed interveniente extrinseca quadam caussa aliud erit dicendum. Potest ergo quis dimittere priorem rei possessionem, eamque ex alio titulo incipere possidere (1). Hinc depositarius, vel commodatarius, rem depositam, vel commodatam, furti faciendi caussa contrectantes, desinunt possidere ex caussa depositi, vel commodati, et incipiunt possidere ex caussa furti (2). Idem est, si pecunia deposita tamquam mutua utatur; incipiet enim ex caussa mutui possidere (3): eadem ratione, si quis emerit fundum ab eo, quem sciebat non esse dominum, et postea a domino emat, pro emptore deinde possidebit, cum prius pro possessore, ut loquuntur, possideret: vel pro haerede, si domino haeres extiterit (4). Demum mulier bona pro dotis restitutione obbligata, etiam ex sola clausula constituti, quae prius jure familiaritatis possidebat, viro defuncto, jure proprio possidere potest (5).

(1) *D. l. qui bona fide* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si rem nobilem* 47. *ff. hoc tit. Quod ibi traditur, dominum rei depositae possessione privari, si depositarius eam non reddere constituat; ita intelligunt communiter doctores, dummodo depositarius illam rem loco moverit, vel deposuerit animo lucrandi.*
(3) *L. Certi condictio* 9. §. *ult.*, *l.* 10. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)
(4) *L. Non solum* 33. §. 1. *ff. de usurpat.*, *et usucap.* (41. 3.)
(5) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 30.

§. 869.

Amplius nec allata superius regula a veteribus tradita, ex qua non licet sibi caussam suae possessionis mutare (§. 867.), impedit, quominus quis alieno nomine possidere incipiat, quod prius suo nomine possidebat (§. 734.); neque enim in hac specie caussa possessionis mutatur, sed ab uno in alium transfertur (1).

(1) *L. Quod meo* 18. *ff. hoc tit.*

§. 870.

Inquirendum superest, quibus modis possessio semel acquisita amittatur. Atque hic in primis animadvertendum est, possessionem, quemadmodum animo, et corpore simul acquiritur (§. 793.); ita et utrumque necessarium esse, ut amittatur (1); eodem enim modo unaquaeque res dissolvi debet, quo colligata est (2). Excipitur pos-

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

sessio quaesita ex clausula constituti; cum enim haec solo animo quaesita fuerit, solo etiam animo amittitur ab eo, qui se immitti in possessionem petit (§. 847.); vel qui aliquem actum gessit, qui tacitam huic possessioni renunciationem contineat (§. 846.).

(1) *Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo, et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. L. Quemadmodum* 8. *ff. hoc tit.*, *l. Fere.* 153. *ff. de reg. jur.*

(2) *L. Nihil* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 871.

Neque sibi contrarius est Paulus, cum solo animo possessionem amitti tradit, quamvis solo animo acquiri non possit (1): siquidem non ita intelligendus est jureconsultus, ut, sine nullo externo desertionis actu, possessio ex sola animi destinatione amittatur; sed quatenus actus ille vix extrinsecus apparere videretur, nisi lex eum probaret, quemadmodum evenit in constituto possessorio (2), et aliis quibusdam fictis traditionibus, quas supra explicavimus (§. 745., et seqq.): vel quatenus, etiamsi vera corporalis desertio praecesserit, non tamen contingit possessionis amissio, nisi cum animus amittendae possessionis subsecutus est. Exemplum est in eo, qui alio profectus animo retinuit possessionem fundi ab alio interim occupati: quam tamen amittit, si reverti in fundum nolit, forte metuens vim majorem (3).

(1) *L. Possideri* 3. *§. In amittenda* 6. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si quis vi* 17. *§.* 1. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Clam. possidere* 6. *§.* 1., *juncta l.* 7. *ff. hoc tit.*, *quae et eundem Paulum habet auctorem.*

§. 872.

Si autem quaeratur, quibus specialioribus modis possessio amittitur, respondemus, distinguendum esse inter res mobiles, et immobiles. Rerum mobilium possessio amittitur ex facto proprio per voluntariam traditionem, tum et per projectionem animo derelinquendi: atque etiam per rei amissionem, si amplius non inveniatur, quamvis nemo adhuc eam occupaverit (1). Ex facto alterius, per surreptionem (2), vel contrectationem, furti animo factam (3).

(1) *L. Possideri* 3. *§. Nerva* 13. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Rem.* 15. *ff. hoc tit.*, *l. Naturaliter* 5. *ff. de usurpat.*, *et usucap.* (41. 3.)

(3) *L. Si rem mobilem* 47. *ff. hoc tit.*

§. 873.

Res autem immobiles possidere quis desinit, per voluntariam alienationem (1), per violentam occupationem, etiam nobis absentibus, ab altero factam, si reversi vi adhibita repellamur, vel vim metuentes sponte cedamus (2): tum etiam ex neglecta per decennium possessione naturali (3): maxime cum fuerat ex constituto quaesita (§. 844.): si locus extra commercium esse incipiat, quia sacer, vel religiosus factus est (4): si praetor alium in possessionem ire jubeat, quod damni infecti dominus cavere nolit (5): si fundus a mari, vel flumine ita occupetur, ut regressus ad eum amplius non pateat (6).

(1) *L. Possideri* 3. *§. Etsi alii* 9. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 3. *§. Si quis nunciet* 8., *l. Etsi nolit* 7. *ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 22.

(4) *L. Qui universos* 30. *§.* 1. *ff. hoc tit.*

(5) *D. l.* 30. *§. Item cum* 2. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Possideri* 3. *§. Labeo.* 17., *d. l.* 30. *§. Item, quod mari* 3. *ff. hoc tit.*, *in qua si pro nos, ut legitur in recentioribus exemplaribus, legamus non, ut in vetustis quibusdam codicibus habetur, dicendum est, Paulum loqui de agro ad modicum tempus occupato, et fere statim a flumine derelicto. V. §.* 586.

ff. l. 41. tit. 2. Co. l. 7. tit. 32.

§. 874.

Aufertur quoque possessio ab eo, qui negat se possidere, in poenam mendacii, et transfertur in actorem (1): quae tamen restituitur purgato mendacio, et solutis expensis, quemadmodum usu fori receptum est, ut contumax, quotiescumque audiri adhuc potest, admitti debeat, dummodo expensas reficiat (2).

(1) *L. ult. ff. de rei vindicat.* (6. 1.).

(2) *Ab-Eccles. observ.* 115. *num.* 15., *et* 16.

§. 875.

Sed non amittitur possessio, etiamsi tantummodo per constitutum sine traditione quaesita fuerit, per mortem constituentis, aut constitutarii; quia, ut supra demonstravimus, constitutum tam active, quam passive transit in haeredes (§. 829.): neque etiam amittitur per factum coloni, qui alium domini loco agnoscat: potissimum si possessionem non deserat, et primus possessor, statimac novit possessionem sibi interverti, diligentiam adhibeat, ut jus suum tueatur (1); iniquum enim merito visum est legislatoribus, alteri per alterum praejudicium inferri (2).

(1) *L. ult. cond. hoc. tit.*

(2) *D. l. ult. cod. hoc tit.*

§. 876.

Caeterum scite monet Faber (1), facilius amitti possessionem, sive per constitutum; sive per traditionem quaesita fuerit, quam jus ipsum pignoris; quamvis enim possessio, soluto pignoris jure, retineri nequeat, utpotequia nullum jus creditori supersit, potest tamen amitti possessio ex voluntate creditoris, priusquam dissolutum sit vinculum pignoris; cum separata sit caussa possessionis a pignore, non secus ac a proprietate (2): puta si fingamus mulierem constante matrimonio consentire pignorum dotalium alienationi, cum alia bona maritus non habet, ex quibus indemnitati dotis consulatur; pignoris in hac specie remissio non valet (3): possessionem tamen, quia facti potius est (§. 787.), vel potius ejus acquirendae post viri mortem jus amittit; quippequae etiam ex actu nullo amitti potest (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 13.

(2) *L. pen ff. hoc. tit.*

(3) *L. Auth. Sive a me, post l.* 25. *cod. ad Sen. Cons. Vellej.* (4. 29.), *l. un.* §. *Et cum lex Julia* 15. *cod. de rei uxoriae act.* (5. 13.)

(4) *L.* 1. §. *Si vir uxori* 4. *ff. hoc tit.*

§. 877.

Caeterum amissa possessio adhuc recuperari potest per interdicta restitutoria (1), et potissimum condictione ex novissima Justiniani lege (2), quae id peculiare habet, ut creditor eadem agens ad avocandam possessionem, sive a debitore ipso, sive a ter tio possessore, reconveniri nequeat actione personali, etsi forte adversario ipse de beat (3), licet reconventio admittatur in quibuscumque actionibus (4); quia hic ver satur possessoria, et momentanea actio quae reconventionis moram non admittit (5) praescriptione vero ordinaria non perimi remedium Justinianeae constitutionis, superius demonstravimus (§. 844.).

(1) §. 1. *instit. de interdictis* (4. 15.).

(2) *L. ult. cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 26. *In hac autem condictione nihil interest, quod auctor, qui prius possessionem rei transtulit, illius possidendae capax non sit; puta si agatur de homine plebejo, qui prius bona sua obligaverit per clausulam constituti, deinde fundum nobile, cujus capax non est plebejus, alteri vendiderit: Justinanus enim ad corporalem, et pristinam possessionem respexit, non habita ratione, utrum justa, an injusta sit. Fab. cod. hoc tit. def.* 21.

(3) *Fab. d. def.* 26.

(4) *L. Qui non cogitur* 22. *ff. de judiciis* (5. 1), *Auth. Et consequenter, post l.* 14. *cod. de sent., et interlocut. omn. jud.* (7. 45.)
(5) *L. unic. cod. si de moment. possess. fuerit appellat.* (7. 69.), *l. ult. ff. de appellat recip.* (49. 5.)

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 878.

Amissa quidem possessio recuperari potest, quocumque modo quaesita fuerit, sive per clausulam constituti (d. §. 844.), sive per realem traditionem (1): discrimen tamen interest, quoad modum: possessio per constitutum solo animo amissa, puta per pignus, sine nova traditione recuperari potest, si creditor pignoris jus remittat, mera debitoris detentione (§. 791.) in veram possessionem abeunte: contra, si pignus traditum creditori fuerit, retrodonatio necessaria est, ut debitori possessio restituatur (1): ut ita denuo res colligetur eodem modo, quo fuerat dissoluta (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 13. *num.* 6., *et seqq. in corp.*
(2) *Argum. l. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 879.

Haec sunt, quae de possessione dicenda erant, quae licet a dominio differat, plurimum tamen ex jure mutuatur (§. 782.). Caetera, quae ad possessionem pertinent, opportune suo loco prosequemur, videlicet cum de interdictis agendum erit. Rerum ordo postulat, ut de servitutibus tum realibus, tum personalibus sermonem instituamus.

TITULUS III.

De servitibus.

Instit. lib. 2. tit. 3. *De servitutibus praed.*
Digest. lib. 8. tit. 1. *De servitutibus.*
Cod. lib. 3. tit. 34. *De servitutibus, et aqua.*

SUMMARIA.

Series, et ratio tractationis. §. 880.
Servitutis definitio. §. 881.
Servitus jus unius auget, alterius minuit, itaut fundus serviens vendi nequeat tamquam optimus, maximusque. §. 882.
Actio quanti minoris non competit emptori, qui emit praedia, quibus fundus primum emptus servitutem debebat. §. 883.
Via pubblica, quae sit intra praedia, non praesumitur ab emptore ignorata. Consuetudo inter vicinos, ut alter per alterius agros transeat, servitus dici non potest. §. 884.
Valet venditio fundi, tamquam liberi, qui tamen servitutes debet; sed emptori competit actio quanti minoris. §. 885.
Dominus fundi servientis aliquid pati, aut omittere cogitur in alterius utilitatem, non autem facere. §. 886.
Servitus debita reputatur a fundo ipso, qui actionis capax non est. §. 887.
Servitus ergo, stricto jure inspecto, in agendo consistere nequit. §. 888.
Quo sensu servitus in alterius fundi, aut personae utilitatem immediate constituta dicatur? §. 889.
Nullius roboris est imposita servitus, quae nullum parit emolumentum. §. 890.
Quamquam servitutis vi nemo potest cogi ad aliquid faciendum, subsistit tamen conventio haec, et transit in stipulationem facti, ejusque recipit conditiones. §. 891, et 892.
Potest constitui servitus ab eo, qui adhuc non habet fundum, qui servire debet: vel viceversa dominium nactus non est fundi, cujus favore imponitur servitus. §. 893.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 34. *Servitutes aliae sunt personales, aliae reales, seu prediales. Servitutis natura desumitur a fundo, cui praestatur.* §. 894.

Servitutes personales tres sunt, ususfructus, usus, et habitatio: atque istae numquam fieri possunt reales. §. 895.

Servitutes reales urbanae sunt, vel rusticae, prout urbano, aut rustico praedio debentur. §. 896.

Servitus eadem modo urbana, modo rustica dicitur, prout debetur urbano, vel rustico praedio. §. 897.

Urbana praedia quidam putant esse quaecumque aedificia, sive in urbe, sive ruri posita. Alii praedia urbana censent ea, quae hominum habitationi inserviunt, quocumque loco sint posita: caetera rusticis connumerant. §. 898.

Probabilius defenditur, tum ex Justiniani, tum ex Ulpiani auctoritate, aedificia omnia urbanis praediis in jure accenseri. §. 899, *et* 900.

Servitutes aliae in solo sunt, aliae in superficie: priores sunt rusticae, posteriores urbanae. §. 901.

Cum quaeritur, utrum unica servitus sit, an vero sint plures, inspiciendum est, utrum eidem praedio, an diversis praediis debeatur. §. 902.

Si fundus pluribus servitutem debeat, plures sunt servitutes, quarum una amitti potest, quin caeterae intereant. §. 903.

Partitio tractationis, et ordo. §. 904, *et* 905.

§. 880.

Explicatis, quae ad dominium, et possessionem spectant, Justiniani vestigiis insistentes, rem aggredimur questionum ubertate, atque utilitate maxime praestantem: quam idcirco non uno titulo complectemur; sed perspicuitatis caussa in plura capita tribuere necesse est. In primis tamen investigari debet, quid sit servitus, et quae sint praecipua servitutum genera.

§. 881.

Definiri potest servitus, *jus in re aliena constitutum, ut ejus dominus aliquid pati, aut non facere cogatur in alterius rei, vel personae utilitatem.* Priora definitionis verba *jus in re aliena constitutum*, vices tenent generis; utpotequae aliis quoque juribus realibus conveniunt. Posteriora, *ut ejus dominus aliquid pati, aut non facere cogatur*, differentiam continent, qua servitus a caeteris juribus in rem discernitur. Postrema *in alterius rei, vel personae utilitatem*, finem demonstrant, propter quem servitutes constitui solent: sed praestat omnia definitionis verba singillatim explicare.

§. 882.

Servitutem dicimus jus in re aliena: juris nomine potestatem significamus ei tributam, cui servitus debetur; illius enim respectu, qui servitutem debet, non jus est, sed juris imminutio: itaut fundi servientis pretium minuatur, nec fundus hic tamquam optimus, maximusque (phrasis est a jureconsultis passim usurpata) amplius vendi possit (1): et actio quanti minoris emptori competat, cujus fundus tamquam liber venditus sit, deinde servituti obnoxius dignoscatur (2).

(1) *L. Cum venderis* 59. *ff. de contrah. empt.* (18. 1.)

(2) *L. Si quis fundum* 35., *l. Quaero* 39. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

§. 883.

Exceptio huic emptoris juri esse potest in ea specie, qua emptor, qui praedium sine servitutibus promissum emerat, vicina praedia, quibus servitus debita erat, ipse comparaverit; tunc enim damnum non sentit emptor, adeoque nullo jure peteret ejus refectionem (1).

(1) *L. Ex empto* 11. *ff. de act. empt.* (19. 1.)

§. 884.

Opportune etiam hic animadverti debet; 1. Viam publicam, quae sit intra praedia, plerumque ignoratam non praesumi; scientia enim praesumitur eorum, quae publica sunt, et vulgo omnibus nota, licet in facto consistant (1). 2. Servitutis onus dici non posse consuetudinem, quae apud vicinos invaluerit, ut alter per alterius praedia transeat (2); potius enim haec promiscua facultas dici debet, quae, licet hinc damnum afferre videatur, inde tamen habet compensationem. Quare unius jus non imminuit, ut alterius augeat, quod tamen servitutis indoles expostulat (§. 883.).

Iust. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Cod. l. 3. tit 34.

(1) *L. Regula* 9. §. *Sed facti* 2. *ff. de jur, et fact. ignorant.* (22. 6.)

(2) *L. Ait praetor* 2. §. *ult.*, *et l. seq. ff. de precario* (43. 26.)

§. 885.

Dixi, servitute praetium fundi servientis imminui, et dominantis augeri. Sed hinc non sequitur, inutilem esse venditionem, qua venditor, etiam dolose, tacuerit, nec emptorem certiorem fecerit servitutum, quibus fundus obnoxius est; haec enim contractum non resolvunt; quippequae ad ejus substantiam non pertinent, sed tantum inducunt aestimationem quanti minoris (1).

(1) *D. l.* 35., *d. l.* 39. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

§. 886.

Onus fundi servientis domino impositum in eo consistit, quod aliquid in suo fundo *pati* debeat: puta usufructuario concedere, ut fructus fundi percipiat; vel vicino, ut per fundum eat, jumentum, aut vehiculum ducat: aut *ommittere*, veluti ne altius tollat aedem suam. Sed, propria servitutis inspecta natura, nihil facere cogitur (1).

(1) *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. L. Quotiens* 15. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 887.

Non obscura hujus rei ratio est. Servitus non a persona, cujus est fundus, sed a fundo ipso debita reputatur: quare ait Celsus, jura praediorum nihil aliud esse, quam eorum qualitates, fere ut soli bonitas, coeli salubritas, agri amplitudo (1). Sane praedia actionis capacia non sunt; pati autem, vel re aliqua, aut opere carere possunt.

(1) *Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo. L. Quid aliud* 86. *ff. de verb. signif.* (50. 16.)

§. 888.

Huic firmissimo innixi juris principio Romani prudentes generalem regulam statuerunt ex qua servitus non in agendo, sed in patiendo, aut omittendo consistat (1). An vero ab hac generali regula excipi debeat servitus oneris ferendi, suo loco investigabimus, cum de urbanis servitutibus agemus.

(1) *D. l. Quotiens* 15. §. 1, *ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. *ult. in fine ff. de aqua, et aquae pluv. arcendae* (39. 3.)

§. 889.

Servitutem diximus constitui in alterius fundi, vel personae utilitatem; quamvis enim servitutes omnes favorem personarum respiciant, quaedam tamen sunt, quas reales appellant, quia immediate fundo ipsi utilitatem praestare videntur: aliae autem, videlicet personales, ad personam immediate referuntur.

§. 890.

Cum ergo servitus fundi, vel personae caussa imponatur, et constituatur, nullius momenti est, quae alterutri non prodest (1); atque viribus destitui debent conventiones, quae uni nocent, quin lucrum alteri praestent (2). Consistit tamen servitus, quae aliquando profutura speratur. (3).

(1) *Quotiens nec hominum, nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet. L. Quotiens* 15. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

(2) *L. penult ff. de pactis* (2. 14.)
(3) *L. pen. ff. hoc tit.*

§. 891.

Caeterum, quamvis servitutis vi nemo cogi possit ad agendum, non tamen inutilis est conventio, qua quis se adstrinxerit, et promiserit se aliquid in praedio suo facturum: alteri quippe actio personalis hinc quaeritur, ut promissionis implementum urgeat (1), vel saltem obtineat id, quod interest, quemadmodum in caeteris facti obligationibus servatur (2).

(1) *L. Actionum genera* 25. *in fin. princ. ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7.)
(2) *L. Stipulationes* 72. *in med ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

§. 892.

Sed hoc interest, quod pacto assumpta obligatio, veluti personalis, in successorem singularem fundi non transit; sed tamtummodo promissorem, ejusque haeredem afficit (1): cum tamen servitus a fundo debita quaecumque fundi successorem oneret, utpote fundi ipsi inhaerens (2).

(1) *D. l. Actionum genera* 25. *ff. de obligat. et act.*
(2) *L. Via* 23. §. *Si fundus* 2., *l. Cum fundo* 36. *ff. de servit. praed. rust.* (8. 3.)

§. 893.

Quaeri hic solet, utrum imponi possit servitus fundo, quem vicinus adhuc non possidet, aut in utilitatem fundi, quem alter nondum comparavit, vel aedificii nondum constructi. In hac autem re unanimes affirmant jureconsulti. Paulus aperte tradit, viam promitti ab eo posse, qui fundum adhuc non habet (1): nondum constructo aedificio servitutem constitui, vel aquaeductum necdum inventa aqua (2): eadem est Pomponii sententia ajentis, futuro quoque aedificio, quod nondum est, imponi, et acquiri servitutem posse (3). Sane effectum suum non sortitur servitus, donec comparatus, aut constructus fuerit fundus, a quo, vel cui praestanda est, ut per se patet.

(1) *L. Haeredes ejus* 25. §. *Contra* 10. *ff. famil. ercisc.* (10. 2.)
(2) *L. Labeo* 10. *ff. de servit. praed: rust.* (8. 3.)
(3) *L. Si servitus* 23. §. 1 *ff. de servit. praed. urb.* (8. 2.)

§. 894.

Ex servitutis definitione, quam modo explicavimus, duas constat esse servitutum species, quarum aliae personae debentur, ideoque personales nominantur; aliae autem fundo debitae sunt, atque realium, sive praedialium nomine veniunt; diversa enim servitutis natura non a predio serviente desumitur, sed a re, cui servitus debetur; alioquin servitutes omnes reales essent, cum omnes a re, seu praedio debeantur. (1).

(1) *L. 1. ff. hoc tit.*

§. 895.

Personales servitutes tres numerantur, ususfructus, usus, et habitatio. Equidem servitutes reales aliquando personalium naturam induere possunt ex testatoris, vel contrahentium voluntate, qui hanc esse mentem demonstraverint, ut servitus per se realis solius personae favorem contineat (1). Sed tres tantum allatae servitutum species personalibus accensentur; quia haec perpetua est earum natura, itaut reales nunquam fieri possint: caeterae autem tantum ex accidenti personales fiunt.

(1) *L. Pecoris pascendi* 4. *ff. de servit. praed. rust.* (8. 3.), *l. Pater filiae* 6. *ff. de servit. legat.* (33. 3.), *l. Usus aquae* 21. *ff. de usu, et habitat.* (7. 8.), *l.* 1. §. *Illud quaeritur.* 11., §. 12., *et* 13. *ff. de aqua quot.*, *et aestiv.* (43. 20.)

§. 896.

Reales, seu prediales servitutes tribuuntur in urbanas, et rusticas. Urbanae sunt, quae praedio urbano debentur; rusticae, quae in praedii rustici utilitatem constituuntur: quemadmodum enim personales, vel reales sunt servitutes, prout personae, vel praedii utili-

tatem immediate respiciunt, ita ex praedii natura, cui debentur, urbanae, vel rusticae appellari debent. Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 897.

Atque hinc est, quod una, eademque servitus quandoque urbana, quandoque rustiea dicitur, prout urbano, vel rustico praedio adhaeret. Sic jus aquae ducendae per fundum alienum plerumque rustica servitus est (1), urbana tamen erit, si praedio urbano debeatur (2); idemque dicendum de servitutibus altius tollendi, vel non tollendi aedificium.

(1) *D. l. Usus aquae* 21. *ff. de usu, et habitat.* (7. 8.)

(2) *L. Si ego* 11. §. 1. *ff. de public. in rem act.* (6. 2.)

§. 898.

Sed videamus, quaenam urbana, quaeve rustica praedia vocanda sint. Variae hac in re circumferuntur interpretum opiniones; alii siquidem volunt, aedificia omnia, quocumque in loco inveniantur, sive in urbe sint, sive in rure posita, praedia urbana esse: caetera vero rusticis annumerant. Alii praedia urbana a rusticis distinguunt ex eorum destinatione, et usu, itaut urbana aestimanda sint, quaecumque hominum habitationi inserviunt, sive in urbe, sive in agris aedificata proponantur; quae autem alteri usui destinata sunt, veluti fructibus condendis, animalibus custodiendis, rustica debeant judicari.

§. 899.

Prior opinio legibus magis consentanea videtur. Justinianus in primis generaliter tradit, servitutes omnes, quae ab aedificiis debentur, urbanas vocari oportere; quia aedificia omnia, etiamsi ruri aedificata sint, inter urbana praedia recensentur (1).

(1) *Praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae aedificiis inhaerent: ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus; etsi in villa aedificata sint.* §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 900.

Eadem est Ulpiani sententia; ait enim, praedia urbana reputari omnia aedificia, non ea tantum, quae in urbe, habitandi caussa, extructa sunt, sed stabula etiam; quia praedia urbana non a loco, sed a materia, aedificio scilicet, aestimantur (1).

(1) *Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis sed etsi forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis, et in vicis: vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. L. Urbana praedia* 198. *ff. de verb. signif.* (50. 16.)

§. 901.

Hinc facile explicatur Paulus, cum ait, servitutes praediorum alias in solo, alias in superficie consistere (1): quae in superficie sunt, ad aedificia pertinent, et urbanas inter recensentur, ut alibi docet idem jureconsultus (2): quae vero agris, vel vineis debentur, et ad solum pertinent, rusticas dicimus (3).

(1) *Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. L. Servitutes praediorum* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Servitutes* 20. *de serv. praed. urb.* (8. 2.)

(3) *L. Certo generi* 13. *ff. de serv. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 902.

Cum servitutes urbanae judicentur, vel rusticae, prout in urbani, vel rustici praedii utilitatem constitutae sunt, si quaeratur, an una, an plures sint servitutes, ex praedio dominante aestimanda res est. Quamvis ergo per plures fundos mihi transeundum sit, ut ad eum perveniam, cui servitus debetur, una tamen servitus est, itaut si per unum ex praediis servientibus itum fuerit, non per alia, servitus retineatur (1).

(1) *Una est via, etsi per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. Denique quaeritur, an, si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto servitus amittitur: an retineam servitutem? Et magis est, ut aut tota amittatur, aut*

Inst. l. 2 tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 34.

tota retineatur. Ideoque, si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur. L. Una est via 18. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 903.

Si pluribus praediis per eundem locum debeatur via, plures sunt servitutes; quare ab uno potest praescriptione, aut libera voluntate amitti, a caeteris retineri (1).

(1) *Si aedes meae serviant aedibus Lucii Titii, et aedibus Publii Maevii* ne altius mihi aedificare liceat, *et a Titio precarium petierim*, ut altius tollerem, *atque ita per statutum tempus aedificatum habuero: libertatem adversus Publium Maevium usucapiam; non enim una servitus Titio, et Maevio debebatur, sed duae. Argumentum rei praebet, quod si alter ex his servitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilominus servitutem deberem. L. Si aedes meae* 32. *ff. de serv. praed. urb.* (8. 2.)

§. 904.

Perpensis servitutum natura, diversis earum speciebus, et qualitatibus, praestat singulas perscrutari. Sed, quoniam in ampla nimis materie versamur, quae maximi momenti est, et usus fere quotidiani, in hoc titulo, Justiniano inhaerentes, ea tantum trademus, quae ad servitutes reales pertinent: in altero de personalibus servitutibus acturi.

§. 905.

Quin etiam, perspicuitatis caussa, in quinque capita tribuemus ea, quae praedialibus seu realibus servitutibus praecipue conveniunt: videlicet in primo modos investigabimus, quibus tum urbanae, tum rusticae servitutes acquiri possunt. In secundo, et tertio praecipua servitutum tum urbanarum, tum rusticarum exempla perpendemus. Quartum exponet regulas quasdam generales utrique servitutum generi aeque accomodatas. In quinto demum rationes demonstrabimus, quibus servitutes amittantur.

CAPUT I.

Quibus modis servitutes constituantur.

SUMMARIA.

Recensentur quatuor modi, quibus servitutes constituuntur. §. 906.

In primis constituuntur pactis, seu contractibus, dummodo aliquid fiat, quod traditionis vices teneat. §. 907.

2. *Constituuntur testamento: quo casu ne impropria quidem traditio desideratur, cum dominium rei legatae recta via transeat in legatarium.* §. 908.

3. *Constituuntur servitutes judicis officio, in familia erciscunda, vel communi dividundo.* §. 909.

Praescriptione demum servitutes acquiruntur. §. 910.

Duobus modis praescriptione servitus acquiritur; vel cum justo titulo habetur ab eo qui eandem concedere non potest: vel cum sine praevio titulo, sciente, et patiente fundi domino, alter servitute utitur. Quid inter utrumque discriminis? §. 911, et 912.

Utrum in praescriptione xxx. annorum requiratur scientia ejus, contra quem praescribitur? §. 913.

Sufficere potest scientia praesumpta, puta in servitutibus continuis. §. 914.

Praescriptio tricennaria non requirit titulum. §. 915.

Ad praescriptionem servitutis requiruntur usus, patientia, et animus. §. 916.

Patientiam non excludit sola prohibitio utendi servitute, si alter non destiterit, et contradicens amplius se non opposuerit. §. 917.

Possessio immemorialis eximit ab onere probandi usum jure servitutis. §. 918.

Nisi contraria adsit praesumptio. §. 919, et 920.

Leviora argumenta recipiuntur, ut probetur usus jure servitutis. §. 921.

In possessione servitutis retinetur, qui probat, se per annum, et diem, vel saltem per triginta dies jure servitutis usum fuisse. §. 922.

Servitus non acquiritur ex eo, quod vicinus jure suo non utatur; nisi vicino opus facienti alter obstiterit, atque vicinus consueto praescriptionis spatio ab opere destiterit. §. 923, *et* 924.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

Referuntur conditiones requisitae, ut vires habeat servitutis constitutio. §. 925.

In primis requiritur, ut praedio dominanti utilis sit: quare nonnisi proportione habita hujusce utilitatis servitute uti licet. §. 926.

Qui aquae haustum habet, uti non potest aqua in utilitatem alterius praedii. §. 927.

Explicatur Labeonis ab Ulpiano relati fragmentum, quo docere videtur jureconsultus, interdictum de aqua quotidiana, et aestiva illi competere, qui aquam uni fundo servientem ad alterum ducere vult, quem postea emit. §. 928.

Servitus, quae praedio dominanti nullum affert emolumentum, sed tantum amoenius efficit, proprie realis non est, sed personalis. §. 929.

Quia tamen ex fundi amoenitate ejusdem pretium augetur, hoc sensu servitus realis appellari potest. §. 930.

2. *Ut vires habeat servitutis constitutio, praedia vicina sint oportet; non tamen confinia, dummodo alterum alteri utilitatem afferre possit.* §. 931.

In praediis urbanis constitui potest servitus altius tollendi, quamvis aedificium intermedium reperiatur. §. 932.

Servitutes rusticae imponi nequeunt, nisi confines sint agri; vel omnes serviant, cum alter ab altero distat. §. 933.

3. *Ad vim servitutis desideratur, ut plenum fundi dominium habeat, qui eam cedit. Quare socius fundo communi, nondum diviso, servitutem imponere non potest.* §. 934.

Si omnes praedii domini diversis temporibus servitutem imponant, distinguendum est, utrum actu inter vivos, an testamento constituatur. §. 935.

Contractu imposita servitus vires habere non potest, donec omnes consensum praestiterint: sed cedens vicinum impedire nequit, ne interim concessa servitute utatur. §. 936.

Servitus duorum testamento legata, stricto jure effectum suum non sortitur, nisi eodem tempore uterque haeres possessionem ineat haereditatis; sed aliud suadere videtur aequitas. §. 937; *et* 938.

Ex Romanorum prudentum sententia alter ex sociis fundo communi servitutem acquirere non potest. An idem hodie servetur? §. 939, *et* 940.

Vassalli, et emphyteutae servitutem imponere possunt, quae directo domino non nocet, cum fundus feudalis, vel emphyteuticarius ad eum revertitur; servitus tamen ab ipsis acquisita directo domino etiam prodest. §. 941.

An usufructuarius, et proprietarius, qui usumfructum non habet, servitutem imponere, vel acquirere possint? §. 942.

Proponuntur tres singulares quaestiones ad hoc argumentum spectantes. §. 943.

Servitutes in diem, ex die, et sub conditione recte constituuntur. §. 944.

Modus definiri potest a praedii servientis domino, quo alter servitute utatur. §. 945.

Tum urbanae, tum rusticae servitutes precario concedi possunt. §. 946.

Servitus precario concessa, cujus revocatio facilis sit, nec grave damnum alteri allatura, pro arbitrio revocatur. §. 947.

Quae autem sine gravi alterius dispendio retractari nequit, nonnisi ex gravi, et legitima caussa juste revocatur. Atque hic prudens versatur judicis arbitrium. §. 948, *et* 949.

An constitui possit servitus, quae non habeat caussam perpetuam, puta aquae ducendae e lacu, vel stagno? §. 950.

Potest constitui servitus aquae ducendae per rotam, vel e castello. §. 951.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 34.

Servitutes non sunt qualitates praedii ejusdem indolis, ac soli bonitas, coeli salubritas. §. 952.

Concessa servitute, ea quoque tributa videntur, sine quibus servitus inutilis esset. Exempla afferuntur. §. 953.

Quae permittantur fieri ab eo, cui debetur servitus itineris, aut viae? §. 954, *et* 955.

Servitutes transeunt in haeredes, et successores tum universales, tum singulares, si modo jam fuerint constitutae. §. 956.

Servitus a defuncto promissa constitui debet ab haerede, cui fundus in familiae divisione obtigerit. §. 957.

Si autem haereditas adhuc indivisa sit, potest vicinus, cui servitus a defuncto promissa fuit, a quocumque ex haeredibus promissionis implementum postulare. §. 958.

Rerum, quae natura sua individuae sunt, obligatio solida in singulos haeredes transit. §. 959.

Quia tamen in fundo communi ab altero ex dominis imponi non potest servitus, hic tantum aestimatio praestatur a cohaerede convento. §. 960.

§. 906.

Quatuor sunt modi, quibus servitutes constitui, et acquiri possunt. Videlicet: 1. Pactis, et conventionibus: 2. Ultima voluntate: 3. Judicis officio: 4. Tandem usucapione, seu praescriptione.

§. 907.

Pactionibus primum, et conventionibus servitutes constituuntur (1), dummodo aliquis interveniat actus, qui traditionem repraesentet: veluti si vicinus, qui servitutis jus alteri cessit, aut vendidit, patiatur eundem servitute uti, eaque in fundo facere, de quibus conventum est (2); vel ad fundum servientem ducat, ut ejus quasi possessionem ineat (3).

(1) *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus, atque stipulationibus id efficere debet.* §. *ult. instit. hoc tit.*

(2) *L. ult. ff. hoc tit.*, *l. Si ego* 11. §. 1. *ff. de publ. in rem. action.* (6. 2.)

(3) *L. Omnium praediorum* 3. *ff. de usufructu, et quemadmod.* (7. 1.)

§. 908.

Ultima quoque voluntate possunt servitutes constitui (1): cum vero ex legum praescripto dominium rei legatae in legatarium transferatur, quin vera, vel ficta traditione opus sit, ne in rebus quidem corporalibus (2), consequens est, nullum hic desiderari actum, qui traditionis vices referat, ut plenum jus legatario acquiratur.

(1) §. *ult. inst. hoc tit.*

(2) *L. A Titio haerede* 64. *in fin ff. de furt.* (47. 2.)

§. 909.

Tertius, quo servitutes acquiri possunt, modus est officium judicis, qui in judiciis divisoriis, ita exposcente necessitate, potest unius praedio, alterius favore, servitutem imponere (1).

(1) *L. Item Labeo* 22. §. *Sed etiam* 3. *ff. famil. ercisc.* (10. 2.)

§. 910.

Usucapione demum, seu praescriptione servitutes acquiruntur. Antiquis Romanorum temporibus neque urbanarum, neque rusticarum servitutum admittebatur usucapio, quia tamquam res incorporales possideri nequeant (1); sine possessione autem nulla sit usucapio: successu temporis urbanae servitutes usucapi coeperunt (2), non per se solae, sed veluti aedificiis junctae (3). Denique jure novissimo statutum fuit, ut servitutes aeque ac caeterae res, per longum temporis usum acquirantur (4).

(1) *L. Si aedes meae* 32. §. 1. *ff. de servitutib. praed. urban.* (8. 2.), *l. Servitutes* 14. *ff. hoc tit.*, *juncta l. Sine possessione* 25. *ff. de usucapionib.* (41. 3.)

(2) *L. sequitur* 4. §. *ult. ff. eod. tit. de usucapionib.*

(3) *L. Si aliena res* 10. §. 1. *ff. eod. tit.*

(4) *L. ult. cod. de praescript. longi temp.* (7. 33.)

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

§. 911.

Duplici modo fieri potest, ut quis usu longaevo servitutes adipiscatur. 1. Cum servitus justo titulo, seu apto ad transferendum dominium (1), ab eo traditur, qui ejus tradendae capax non est (2): atque in hoc casu sufficit spatium decem annorum inter praesentes, viginti inter absentes (3); si tamen de servitutibus continuis agatur, seu quae usum continuum habent: puta tigni immittendi, altius tollendi, vel non tollendi, luminum, ne luminibus officiatur, et similes. Quod si de servitutibus discontinuis, ut ajunt, quaestio sit, quales sunt omnes fere servitutes rusticae, veluti itineris, actus, viae, ex communi sententia temporis spatium duplicari debet, itaut inter praesentes vicennio, inter absentes vero nonnisi praescriptione quadraginta annorum acquiri possint (4).

(1) *L. Nullo* 24. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.), *l. Numquam* 31. *ff. de acquir. rer. dom.* (41. 1.), *l. Diutina* 4. *cod. de praescript. longi temp.* (7. 33.)

(2) *Princip. inst. de usucap.* (2. 6.).

(3) *Eadem observando, etsi res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt: veluti ususfructus, et caeterae servitutes. L. ult. cod. de praescript. longi temp. in fin.*

(4) *L. Si sic constituta* 7. *ff. quemad. servit. amittant.* (8. 6.), *l. ult. cod. hoc tit.*

§. 912.

Alter modus est, cum quis servitute absque legitimo titulo utitur per longum temporis spatium. Atque in hoc casu, si servitus continua sit, triginta annorum intervallo praescribitur, juxta generales juris regulas (1): tempus autem, quod hominum memoriam excedat, desiderari passim docent pragmatici in discontinuis (2). Sed haec aliquanto fusius sunt explicanda.

(1) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescript. xxx., vel xl. annor.* (7. 39.), *junct. d. l. ult. cod. de praescript. longi temp.*

(2) *Thes. lib.* 2. *quaest.* 27. *num.* 36. *Quam tamen sententiam inveteratum nostrorum errorem appellat Faber cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 3. *num.* 2. *in corp., quia servitutes omnes continuam caussam habeant. L. Foramen* 28. *ff. de servitutib. praed. urban.* (8. 2.); *atque possessionem discontinuam. L. Servitutes praediorum* 14. *ff. hoc tit.*

§. 913.

In primis disputatur, utrum in praescriptione xxx. annorum requiratur scientia ejus, contra quem praescribitur. Affirmant aliqui, moti auctoritate Antonini rescribentis, servitutem aquae ducendae, exemplo rerum immobilium, tempore quaesitam esse illi, qui aquam per alterius possessionem eo sciente duxit (1). Negant alii, existimantes sufficere ad servitutem praescriptione acquirendam, quod nec vi, nec clam, nec precario ducta fuerit aqua; atque ita interpretantur Antonini responsum (2), ut scientiam domini eatenus tantum requirat, quatenus opus est, ne clam ducta dicatur: clam vero facere non videtur ille, qui facit ignorante domino, dummodo celandi animum non habuerit (3); si enim celandi animus adesset, ex vitioso propter malam fidem initio, praescriptio vires habere non posset. Addunt vix fieri posse, ut dominus ignoret, vicinum per tantum tempus aquam duxisse. Quare concludunt, domino sciente duxisse videri (4), qui non animo celandi duxit (5): fatentur tamen, consultius acturum praescribentem, si ad excludendam malam fidem praeter usum aliquid probet; veluti quod saepius a vicinis, vel aliis audiverit, talem servitutem fundo suo competere: quodque fuerit de hoc publica vox, vel fama (6).

(1) *L. Si aquam* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. *cod. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

(3) *L. Aut si aliter* 5. §. *Sed et Servius* 3. *ff. quod vi, aut clam.* (43. 24.)
(4) *Ut desiderare videtur Imperator in d. l.* 2. *cod. hoc tit.*
(5) *D. l.* 5. §. 3. *ff. quod vi, aut clam.*
(6) *Perezius in cod. lib.* 3. *tit.* 34. *num.* 27.

§. 914.

Hinc patet, scientiam domini non semper ab allegante probandam esse, sed praesumptam aliquando sufficere: puta si agatur de servitute, quae usum fere continuum, et publicum habeat, qui sub omnium sensus facile cadat; qualis est servitus aquaeductus; quae enim palam fiunt, omnes scire praesumuntur (1).

(1) *L. Regula est* 9. §. *Sed facti* 2. *ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

§. 915.

Disputant quoque interpretes de titulo, utrum in hac tricennaria praescriptione desideretur. Sed probabilior est negantium opinio; titulus enim necessarius quidem est in usucapione, seu praescriptione longi temporis, decem, vel viginti annorum (1); non autem in praescriptione longissimi temporis (2), in qua possessio diuturna, praesertim si constet de justo possessionis initio, vim habet tituli (3): possessio autem, seu quasi possessio, ut obiter dicamus, aquae ducendae ab eo acquiritur, qui fossam, vel rivum fecit aquae ducendae caussa (4).

(1) *Princ. inst. de usucapionib.* (2. 6.), *l. Diutina* 4., *et l. seq. cod. de praescript. long. temp.* (7. 33.)
(2) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescript.* 30., *vel* 40. *annor.* (7. 39.)
(3) *Perezius in cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 34. *num.* 26.
(4) *Post. de manutent. observat.* 34. *num.* 8.

§. 916.

Ex iis, quae de servitute jure praescriptionis acquirenda diximus, constat ad servitutis praescriptionem tria requiri: 1. Usum ejus, qui servitutem sibi adserere vult, per plures actus: 2. Patientiam ejus, qui servituti obnoxius contenditur: 3. Quod is, qui usus est, jure servitutis vere usus sit (1). Usus quidem, seu quasi possessio, sine qua nulla currit praescriptio (2). Patientia, quae vices traditionis sustineat (3). Demum usus jure servitutis; alioquin non servitus, sed aliud possessum erit; adeoque servitus praescripta dici non poterit (4).

(1) *Princ. instit. de usucapionib.* (2. 6.), *l. Sine possessione* 25. *ff. eod. tit.* (41. 3.), *argum. l. Non solum* 33. §. *Qui pignore* 4. *ff. eod. tit.*, §. *Possidere* 5. *instit. de interdict.* (4. 15.)
(2) *D. l.* 25. *ff. de usucapionib.*
(3) *D. l. ult. ff. hoc tit.*, *d. l. Si ego* 11. §. 1. *ff. de public. in rem act.* (6. 2.)
(4) *L. ult. ff. quemadm. servit. amittant.* (8. 6.)

§. 917.

Quod pertinet ad usus generatim sumpti necessitatem, nulla difficultas est, et in hoc consentiunt omnes. Quaedam sunt animadvertenda, quoad patientiam domini fundi servientis, atque usum jure servitutis; videlicet patientiam non excludit sola prohibitio utendi servitute, si alter non destiterit, et contradicens non amplius se opposuerit (1). Quare necesse est, ait Faber, ut interveniat contradictio judicialis, aut quae factis, non verbis testata sit (2); alioquin praebet ea res potius materiam inchoandae praescriptionis; utpotequia ab eo tempore non possit alter videri clam, aut precario servitute usus; cum domino sciente, et invito usus sit: neque etiam vi (3); quia, donec legitima auctoritatate prohibitus non sit, jure suo id facere, et perperam prohiberi asserere potest: maxime quia suum dumtaxat tuetur, et continuat possessionem.

(1) *Argum. l. ult. ff. de itin., actuque privato* (43. 19.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 10.

(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 1.
(3) *Fab. ibid. num.* 2. *in corp.*

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

§. 918.

Exceptionem quoque habet, quod diximus, onus incumbere ei, qui jus servitutis sibi asserit, ut probet, se usum fuisse jure servitutis (§. 916.): videlicet quando is allegat possessionem, cujus memoria non extat (1); cum haec per se jus alteri praebeat, et loco constituti esse dicatur (2): nec immerito; quia tanti temporis lapsus excludit omnem praesumptionem violentae, clandestinae, vel precariae possessionis. Atque hinc sequitur, alterum jure proprio usum fuisse.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 9.
(2) *L. Hoc jure* 3. §. *Ductus aquae* 4. *ff. de aqua quotid., et aestiv.* (43. 20.)

§. 919.

Hujusce tamen exceptionis duplex esse potest exceptio. 1. Cum praesumptio est, eum, qui per alicujus fundum iter facit, tamquam per viam publicam ivisse (1): quo casu, cum servitus non praescribatur (2); quia jure servitutis non possedit (3), adeoque praesumptionem contra se habet, ipse probare debet (4).

(1) *Fab. d. def.* 9. *cod. hoc tit. num.* 3. *in allegat.*
(2) *L. ult. ff. quemadm. servit. amittant.* (8. 6.)
(3) *L. ult. ff. de itin., actuque privat.* (43. 19.)
(4) *L. Ab ea parte* 5., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 920.

Altera exceptio locum habet, cum ei, adversus quem praescriptio allegatur, favet aliqua prohibitio, vel praesumptio libertatis: puta si perpetuo, vel saltem intermediis diversis temporibus habuerit in domo januas, vel in agro fossas, aut cancellos ad iter prohibendum (1); hinc enim possessio vitiosa ab initio praesumitur; neque per quodlibet temporis spatium, etiam cujus memoria non extet, praescribi potest, nisi demonstretur, purgatum fuisse vitium (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *d. def.* 9.
(2) *L.* 1. §. *Item Labeo* 9., *l. Prohibere* 3., §. 1., *l. Vi facit* 20. §. *Tamdiu autem* 2. *ff. quod vi, aut clam.* (43. 24.)

§. 921.

Sed quia difficilis est probationis animi consilium, quo quis jure servitutis usus sit, in iis casibus, in quibus probandi onus alleganti incumbit, leviora argumenta recipiuntur (1); atque sufficiet, si testes dicant, publicam hanc fuisse vocem, et famam (2).

(1) *Argum. l. Non omnes* 5. §. *A barbaris* 6. *ff. de re militari* (49. 16.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 9. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

§. 922.

Caeterum hujusmodi conditiones desiderantur, ut quis servitutis jus sibi adserere possit. Sed, si de servitutis possessione retinenda tantum quaestio sit, sufficit, ut quis edoceat, se per annum, et diem ivisse, vel saltem per triginta dies continuos, non tamen jure familiaritatis, vel amicitiae (1), nec vi, nec clam, et quidem proprio jure servitutis (2): atque consilium hoc jurejurando non adstruitur, sed omnino per testes probandum est (3); nisi praecesserit semiplena probatio (4).

(1) *L. Qui jure* 41. *ff. de acquir. possess.* (41. 2.), *l.* 1. §. 1. *ff. de itin. actuque privato* (43. 19.).
(2) *D. l. ult. ff. quem. servit. amittant.*, *l. ult. ff. de itin., actuque privato.*
(3) *Caepolla de servit. rustic. praed. cap.* 1. *num.* 24.; *quamquam aliquando jusjurandum recipitur, cum non agitur de damno alterius, sed proprio vitando. L. Thesaurus* 15. *ff. ad exhib.* (10. 4.), *l. Cum plures* 15. *ff. de reb. auctorit. judic. possid.* (42. 5.). *Auth. At qui semel, post l.* 19. *cod. de probationib.* (4. 19.)

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8 tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

(4) *Suppletorium enim jusjurandum ex vulgari pragmaticorum sententia non defertur, nisi ei, qui jam semiplene probavit, ut colligunt ex l. In bonae fidei* 3. *cod. de reb. credit.* (4. 1.)

§. 923.

Sed hic animadvertendum est, nullo temporis spatio acquiri servitutem, quoties vicinus suo jure unice non utitur, ex quo alter emolumentum percipit. Hinc, licet vicinus domum suam altius non extulerit, naturalem ideo facultatem altius tollendi non amittit, quamvis altius tollendo aedificium vicino noceret; quae enim a naturali libertate dimanant, nulli subjacent praescriptioni (1): seu, ut loquuntur pragmatici, in facultativis non currit praescriptio.

(1) *L. Altius* 8., *et l. sequ. cod. hoc tit.*, *Thes. dec.* 16. *num.* 3., *et dec.* 245. *num.* 4.

§. 924.

Exceptio tamen huic regulae passim admittitur, cum vicino opus ex naturali libertate facienti alter obsistit, et ille a coepto opere desinit per temporis spatium, quo praescriptio inducitur; in hac enim specie contra libertatem praescriberetur (1); utpotequia praeter non usum unius, factum alterius intercessit, qui libertatem suam vindicat. Dixi, si vicino obsistente alter coeptum opus deseruerit; si enim altero flagitante desiisset, sibi non noceret; cum non prosit ad usucapiendum precario, atque ex alterius liberalitate obtenta possessio (2): praescriptio autem a die prohibitionis currere incipit (3).

(1) *Argum. l. Haec autem* 6. *ff. de serv. praed. urban.* (8. 2.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *definit.* 10. *num.* 3. *in allegat.*

(2) *L. Si quis diuturno* 10. *ff. si serv. vindic.* (8. 5.)

(3) *Fab. d. defin.* 10. *allegat.* 3.

§. 925.

Modos explicavimus, quibus servitus constitui potest. Sed, ut vires habeat, quaedam desiderantur conditiones. Requiritur. 1. Ut praedio dominanti utilis sit. 2. Ut serviens a dominante fundo non distet. Tertia conditio, quae specialis est servitutibus contractu, aut ultima voluntate constitutis, pertinet ad jus, seu dominium in fundo, in cujus utilitatem, vel damnum servitus cessura est.

§. 926.

1. Igitur, uti jam observavimus (§. 890.), praedii dominantis utilitas in servitute versari debet. Quare ei, qui servitute utitur, puta cretae eximendae, vel arenae fodiendae, vel calcis coquendae, non licet, quam velit, quantitatem decerpere, vel coquere; sed eam tantum, quae praedio necessaria est, vel aedificio perficiendo (1).

(1) *L. Ergo* 5. §. 1. *ff. de serv. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 927.

Eadem ratione, qui aquae haustum babet, et aquam per plurium fundos ducit, non potest alicui ex illis, per quorum fundos decurrit, concedere, nec alteri cuicumque, nisi ita convenerit (1). Quinimmo nec poterit hac servitute uti ad commodum alterius fundi, aut partis ejusdem praedii, pro qua non fuit ab initio servitus constituta (2): non enim hujusmodi jus ex fundi amplitudine dimetimur, sed ex modo quo servitus ab initio constituta fuit (3).

(1) *L. Cum essent* 33. §. 1. *ff. eod. tit. de servit. praed. rust.*

(2) *Ex meo aquaeductu, Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare: Proculus (contra), ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est. L. Ex meo* 24. *ff. eod. tit.*

(3) *Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit. L. Non modus* 12. *cod. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 928.

Equidem Labeo, cujus sententiam non improbat Ulpianus, aperte docet, ei, qui jus habet aquae ducendae ad suum praedium, et per annum duxit, competere interdictum de aqua quotidiana, et aestiva, ut eam ducat in confinem agrum, quem postea emerit (1). Verum, ut praeteream diversas, quae ab interpretibus hujus legis proferuntur interpretationes; quorum alii Labeonem explicant de casu, quo dominus praedii servientis alteri concesserit, ut aquam ad fundum postea emptum duceret: alii respondent, non de jure servitutis loqui jureconsultum, sed de interdicto, in quo sufficit, ut vel una die, aut nocte ducta fuerit aqua, dummodo nec vi, nec clam, nec precario id actum sit (2); quia in interdictis non de jure, sed de facto quaeritur (3): quare iis etiam, qui domini non sunt, conceduntur interdicta (4): alii demum putant, Labeonem recepta contra strictum jus consuetudine inniti, de qua tamen nullatenus meminit Ulpianus, qui alibi contrariam sententiam adstruit (5), congrue explicari potest Labeo de specie, qua servientis praedii domino nihil intersit, quod aqua ad praedium deinceps emptum ducatur, ut satis innuit idem jureconsultus (6); ita videlicet suadente aequitate, quae vult, ut alteri permittam, quod ei prodest, mihi autem non nocet (7).

(1) *Si forte actor confinem agrum emerit, et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi empti nomine velit aquam ducere; ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere, actuque uti putant: ut semel in suum ingressus, inde egredi, qua velit, possit. L.* 1. §. *Illud Labeo* 16. *ff. de aqua quotid., et aestiv.* (43. 20.)

(2) *D. l.* 1. *princ.*, *et* §. *Quod autem* 4. *ff. de aqua quotid., et aestiv.*

(3) *L. De servitutibus* 2. §. *ult. ff. si serv. vindic.* (8. 3.)

(4) *D. l.* 1. §. *Sed etsi* 10. *ff. de aqua quot., et aestiv.*

(5) *D. l. Ex meo* 33. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 2.)

(6) *Ut semel in suum ingressus inde egredi, qua velit, possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit. D. l.* 1. §. 16. *in fine.*

(7) *L. In summa* 2. §. *Item Varrus* 5. *ff. de aqua, et aquae pluv. arcend.* (39. 3.)

§. 929.

Diximus, non consistere servitutem, quae praedio dominanti nullam afferat utilitatem. Hinc quaestio proponitur, num possit aliqua realis servitus constitui, quae fundum tantummodo amoeniorem efficiat. Reales servitutes commemoravi; quod enim ad personales attinet, res extra dubium est. Si proprie, et stricte loquamur, servitutes, quae nullum emolumentum fundo dominanti praebent, reales haudquaquam dici debent, sed personales; servitus enim realis, ut apud omnes constat, nihil aliud est, quam jus in fundo alterius constitutum, praedii dominantis utilitatem respiciens (§. 894.); nec praedii amoenitas ad res ratione destitutas pertinet; sed ad eas tantum, quae ratione pollent, atque voluptatem percipere, et moeroris dolore concuti possunt.

§. 930.

Sed, quia amoenitas praedii plerumque ejus pretium adauget, et inde utilis (ita loquar) domino fit, hoc sensu defendi potest servitus realis, quae praedium dominans amoenius quidem efficiat, non tamen magis ferax.

§. 931.

2. Ad vim servitutis requiritur utriusque praedii servientis, et dominantis propinquitas (1); non tamen necesse est, ut unum alteri adhaereat, et continens sit: dummodo alterum alteri utilitatem afferre possit.

(1) *L. Ergo secundum* 5. §. 1. *ff. de servit. praed. rust.* (8. 3.)

§. 932.

Quare in urbanis praediis potest constitui servitus altius non tollendi, ne lumi-

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34. nibus officiatur; licet inter utrumque aedificium aliud constructum sit (1), dummodo non nimis dissita sint, atque in conspectu posita (2).

(1) *L. Et ideo* 5. *ff. si servit. vindicet* (8. 5.).

(2) *L. Si aedes meae* 38., *et l. seq. ff. de serv. praed. urban.* (8. 2.)

§. 933.

Rusticae autem servitutes inter divisa praedia constitui minime possunt, quoties agri intermedii servitutem non debent (1): quod si omnes servituti subjaceant, viribus subsistit servitutis constitutio, atque una tantum servitus reputatur. (2).

(1) *In rusticis autem praediis impedit servitutem praedium medium, quod non servit. l. Qui sella* 7. §. 1. *ff. de servit. praed. rust.* (8. 3.)

(2) *Una est via, et si per plures fundos imponatur; cum una servitus sit. L. Una est via* 18. *ff. eod. tit., l. Cum essent* 33. §. 1 *ff. eod. tit.*

§. 934.

3. Ad servitutis vim omnino desideratur, ut, qui eandem cedit, plene sit fundi dominus. Quare non potest socius absque socii consensu servitutem imponere fundo communi, nec adhuc diviso (1).

(1) *Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest. L. Unus ex dominis* 2. *ff. hoc. tit.*

§. 935.

Sin autem omnes fundi domini servitutem alteri concedant, diversis tamen temporibus, distinguendum est, utrum contractu inter vivos, an ultima voluntate servitutem constituant.

§. 936.

Contractu statuta servitus vires non habet, donec eam omnes cesserint; sed interim in suspenso manet, itaut altero ex his decedente, vel partem suam alienante, antequam omnium cessio intervenerit, novus, pro ea parte, sit necessarius haeredis, vel alterius cujusvis successoris interventus (1). Atque eadem juris regula servatur, quoties unus ex sociis cedit, alter vero servitutem legat (2); in hisce tamen casibus, qui servitutem cessit, impedire non potest, quominus vicinus jure cesso utatur (3); etenim juri suo pro parte sua omnino renunciavit.

(1) *L. Per fundum* 11. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

(2) *L. ult. ff. comm. praed.* (8. 4.)

(3) *Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi, agendi potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant: et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicitur, et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse. D. l.* 11. *ff. de servit. praed. rustic.*

§. 937.

Si plures domini servitutem testamento relinquant, neque hoc casu, ait Paulus, vires habet legatum, praeterquam si uterque haeres eodem tempore haereditatem adeat: rationem adjicit, quia leges non patiuntur, ut suprema defunctorum vota suspensa maneant, etiamsi actus viventium suspendi permittant (1).

(1) *L. ult. in fin. ff. comm. praed.* (8. 4.)

§. 938.

Quemadmodum vero Romani prudentes ab hac regula in quibusdam casibus recesserunt, servo haereditario usumfructum legari concedentes, quod tamen legatum in suspenso est, vim quidem habiturum, si haeres adeat haereditatem, cujus idem servus pars est, antequam dies legati veniat, seu ante haeredem scriptum in testamento, quo legatus fuit ususfructus; inutile vero futurum, si prius hic, quam ille, haereditatis possessionem ineat (1); ita etiam in proposita specie, nimia Romanorum subti-

litate expulsa, adfirmari posse videtur, valere servitutis constitutionem a duobus sociis, diversisque testamentis relictam, tametsi eodem tempore unius, et alterius haereditatis possessio non ineatur. Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Usufructus* 26. *ff. de stipul. servor.* (45. 3.)

§. 939.

Ex earundem Romanarum legum sanctione unus ex sociis praedio communi servitutem adquirere nequit (1); quia nemo alteri, praeterquam sibi, stipulando acquirere potest, nisi in quibusdam casibus (2). Cum ergo integra servitus, ita dicam jure hoc obsistente acquiri nequeat; neque etiam pars, repugnante servitutum natura, quae per se, utpote in jure consistentes, individuae sunt, inutilis proinde dicitur a jureconsultis hujusmodi conventio (3).

(1) *L. Si unus* 19. *ff. de serv. praed. rust.* (8. 3.), *l. Proprium solum* 5., *l. Si quis duas* 6. *ff. comm. praedior.* (8. 4.)

(2) *L. Rescriptum* 10. §. *ult.*, *et ll. seqq.*, *l. Et haeredi* 21. *princ.*, *et* §. *seqq. ff. de pactis* (2. 14.).

(3) *D. l.* 19. *ff. de serv. praed. rustic.*, *d. l. Proprium solum* 5. *in fin. ff. comm. praed.*

§. 940.

Sed, cum hodierno plerarumque gentium usu non amplius vigeat haec juris severitas, et alteri pro altero stipulari liceat, et stipulando acquirere, ut testantur diversarum gentium scriptores a Voet relati (1), consequens videtur, socium sine alterius socii interventu posse fundo communi servitutem stipulari.

(1) *In Pandect. ad lib.* 45. *tit.* 1. *num.* 3.

§. 941.

Qui utile tantummodo praedii dominium habent, quales sunt emphyteutae, et vassalli, possunt quidem fundo servitutem imponere, quae tamen nullum damnum directo domino illatura sit, cum fundum feudalem, vel emphyteuticum ad ipsum reverti contigerit (1). Sed, si servitutem eidem fundo acquirant, eadem directo quoque domino proderit; vassallo enim, et emphyteutae conceditur feudi, et fundi emphyteutici conditionem meliorem efficere, non vero deteriorem (2).

(1) *Quid ergo, si pretio, vel dolo, aut incuria servitutem rei beneficiariae imponi patiatur, et ad dominum ex qualibet caussa postea beneficium revertatur? An ex eo praejudicium domino generetur, quaesitum fuit? Et responsum est, ut vassallo quidem, donec feudum tenet, possit obesse: domino autem, etsi per longa tempora perseveraverit, servitus minime noceat. Lib.* 2. *feud. tit.* 8. *Versic.* Rei autem.

(2) *D. lib.* 2. *feud. tit.* 8. §. 1.

§. 942.

Quod ad fructuarium pertinet, non tantum ei denegatur, et merito quidem, facultas servitutem imponendi, sed et acquirendi (1). Imo et facultas imponendi denegatur ipsimet proprietario, etiamsi maxime consentiat usufructuarius, quamvis eam acquirere possit, etiam fructuario invito (2). Verum spinosam hanc legem, spinosiori ratione innixam, nec injuria, appellat Brunnemanus (3): potissimum in eo, quod docet Paulus de jure proprietarii, seu melius de non jure ejus, quo possit consentiente fructuario servitutem imponere. Atque in praxi rejiciendam putat.

(1) *Quibus consequenter, fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest. L. Sed si quid* 15. §. *ult. ff. de usufruct.* (7. 1.)

(2) *Adquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Julianus scripsit...; proprietatis dominus, nequidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest. D. l. Sed si quis* 15. §. *ult. ff. de usufructu.*

(3) *Comment. in Pandect. ad hanc legem.*

§. 943.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34. Tria in hoc argumento perpendenda supersunt. 1. Utrum servitutes possint ad certum tempus constitui, necne. 2. Utrum continuae esse debeant. 3. Quaenam veniant, et concessa praesumantur constituta servitute.

§. 944.

Quoad primum, etiamsi, attento juris rigore, a die certo ad alium certum, et determinatum diem constitui servitutes nequeant, nec sub conditione; utpotequia a jureconsultis velut qualitates fundo inhaerentes considerantur (1), nihilo tamen secius aequitate suadente responderunt, viribus subsistere hujuscemodi conventiones, itaut doli, et pacti exceptio competat adversus eos, qui praestitam fidem adimplere recusent (2).

(1) *L. Quid aliud* 86. *ff. de verb. signific.* (50. 16.)

(2) *L. Servitutes* 4. *ff. hoc tit.*

§. 945.

Nemo sane dubitat, quin modus praescribi possit, quo alter, cujus favore servitus constituitur, eadem utatur: puta definire vehiculi genus, quod ducere liceat; onus, quod parieti imponere; tempus, quo servitute frui possit (1); modus enim servitutis substantiam ejusdem non immutat, sed ad ipsius exercitium unice pertinet.

(1) *D. l.* 4. §. 1., *et* 2., *ff. hoc tit.*

§. 946.

Quinimmo Romanis jureconsultis placuit sive urbanas, sive rusticas servitutes posse precario obtineri (1). Sed, quoniam facultas precario tributa pro lubitu concedentis plerumque revocatur (2), quaerunt interpretes, utrum generalis haec regula in concessione servitutum locum habere debeat.

(1) *Precario habere etiam ea, quae in jure consistunt, possumus: ut immissa, vel protecta. L. Et habet* 15. §. *Precario habere* 2. *ff. de precar.* (43. 26.), *l. Ait praetor* 2. §. *ult.*, *l. Veluti si me precario* 3. *ff. eod. tit.*

(2) *L.* 1. *ff. eod. tit.*

§. 947.

In hac quaestione distingui solet: si servitus per se temporalis sit, itaut possit ejusdem usus prohiberi, quin servitute precario utenti grave damnum inferatur, facultatem pro arbitrio revocandi hujusmodi servitutis jus passim admittunt interpretes. Harum servitutum exempla suppeditant iter, aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus.

§. 948.

Contra, si servitus ex sui natura sit perpetua, nec sine gravi vicini dispendio ejus usus interdici possit, ob nimios sumptus, quos fieri opus fuit, quemadmodum contingit in servitutibus tigni in vicini parietem immittendi ad perficiendum aedificium, aquae per fundum alterius ducendae, incilibus magnae impensae extructis, aequitas non patitur, ut servitus sponte concessa retractetur, nisi justa superveniat caussa, itaut alioquin grave damnum immineat, vel non leve lucrum praeripiatur concedenti; iniquitatis enim, et doli reus videtur, qui gravis jacturae occasionem sine legitimo titulo praestat: atque id, quod prius in alterius favorem constitutum fuerat, in ejus odium retorquere contendit (1).

(1) *L. Quod favore* 6. *cod. de legib.* (1. 14.), *l. Carbonianum* 3. §. *Duae autem* 5. *ff. de carbon. edic.* (37. 10.)

§. 949.

Quare ad judicis officium pertinebit definire, an, et quando talis facultas revocari possit, sicuti in commodato servatur, quoties nullum tempus praestitutum fuit (1); aeque enim in proposita specie, ac in commodato, locum sibi vindicat Pauli effatum, beneficiis adjuvari nos, non decipi oportere (2).

(1) *Argum. l. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *ff. commod.* (13. 6.)
(2) *Adjuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet. D. l.* 17. §. 3. *in fine.*

§. 950.

In altera quaestione unanimis erat Romanorum sententia, nullam posse servitutem constitui, quae non habeat causam perpetuam, puta aquae a lacu, vel stagno ducendae (1); quia lacus, et stagni aqua facile deficere potest; atque id alio Romanorum principio consonum videtur, quod servitutes non aliud sint, quam praediorum qualitates, non secus ac soli bonitas, coeli salubritas, agri amplitudo (2), quae per se perpetua sunt.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Foramen* 28. *ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)
(2) *L. Quid aliud* 86. *ff. de verb. signific.*

§. 951.

Eadem ratione jureconsulti haerebant, an posset imponi servitus aquae e flumine per rotam ducendae, vel e castello, seu receptaculo aquae suscipiendae destinato. Verum, inanibus hisce subtilitatibus explosis, rescripsit Antoninus, in possessione tuendum esse eum, qui jus hoc comparaverit legitimo aliquo modo, pacti conventi jure, quamvis forte servitutis propriam naturam non habeat (1). Unde recte inferri videtur, vires habere conventionem, qua servitus promittatur, cum caussa perpetua non est, quocumque tandem nomine censeatur.

(1) *De aqua per rotam tollenda ex flumine, vel hauriendа, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent. Sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tulianum adjicitur, licet servitus jure non valuit, si tamen hoc lege comparavit, seu alio quocumque legitimo modo, sibi hoc jus adquisivit, tuendum esse eum, qui hoc jus possedit. L. De aqua per rotam* 2. *ff. com. praed.* (8. 4.)

§. 952.

Atque sententia haec eo certior videtur, quod veritati minus congruit aequiparatio servitutum cum soli bonitate, coeli salubritate, et agri amplitudine; servitutes etenim nonnisi accidentales, et arbitrariae qualitates sunt, a solo proinde separabiles; quae laudatis modo qualitatibus nullatenus conveniunt, vel aptari possunt.

§. 953.

Quod demum pertinet ad tertiam quaestionem, quaenam imposita servitute concessa intelligantur; respondemus, ea omnia censeri tributa, sine quibus non posset vicinus servitute uti. Si ergo concedatur facultas aquae hauriendae e puteo, iter etiam ad puteum intelligitur datum, licet non fuerit facta specialis itineris mentio (1). Eadem ratione is, cui jus competit aquae ad fundum suum ducendae, potest aquaeductum construere, vel fictiles tubulos, vel alterius cujusque materiae in rivo ponere, quo facilius aqua utatur; dummodo tamen praedii servientis domino non noceat (2).

(1) *Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum: et (ut ait Neratius libro III. membranarum) sive ei jus hauriendi, et adeundi cessum sit, utrumque habebit; sive tantum hauriendi, inesse et aditum: sive tantum adeundi ad fontem, inesse et haustum. L. Item* 3. §. *ult. ff. de servitutib. praed. rustic.* (8. 3.)
(2) *Quintus Mucius scribit, cum iter aquae, vel quotidianae, vel aestivae, vel quae intervalla longiora habeat, per alienum fundum erit, (licere) fistulam suam vel fictilem, vel cujuslibet generis, in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret: et quod vellet, in rivo facere licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret. L. Quintus Mucius* 15. *ff. eod. tit.*

§. 954.

Si iter fuerit testamento legatum, per quod iri non possit, nisi opus aliquod in eo fiat, poterit fodi, substrui via (1), refici, coaequari: non tamen lapidibus sterni,

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34. aut super eam pons aedificari, praeterquam si ita convenerit: juste quoque petitur ab eo, cui viae servitus debetur, ut tollantur arbores impendentes, quae iter invium, vel nimis difficile efficiunt (2). Pariter illi, cui jus est aquae e rivo ducendae, licet rivum expurgare, deprimere, attollere, nisi aliter convenerit: atque etiam refectionis caussa ad ea loca accedere, quibus servitus imposita non est, quoties id necessitas postulat, nisi tamen aliter praefinitum, aut conventum fuerit (3).

(1) *Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo, substruendo, iter facere, Proculus ait: L. Si iter* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *Si quis mihi itineris, vel actus, vel viae controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit, confessoria actione mihi utendum; nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam, vel iter invium, vel inhabile facit: Marcellus quoque apud Julianum notat, iter petendum, vel viam vindicandam; sed de refectione viae, et interdicto uti possumus, quod de itinere, actuque reficiendo competit; non tamen, si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit. L. Loci corpus* 4. §. *Si quis mihi* 5. *ff. si serv. vindic.* (8. 5.)

(3) *L. Refectionis* 11. *princ., et* §. 1. *ff. comm. praed.* (8. 4.)

§. 955.

Denique jus itineris habenti per aream vicini, ut ad domum suam perveniat, licet gradus construere, et clivos prope januam suam, dum ne quid amplius faciat, quam cogit necessitas (1).

(1) *Si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset; vel gradus, vel clivos, propius januam meam jure facere possum: dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris caussa demoliar. L. Servitutes, quae* 20. §. 1. *ff. de serv. praed. urban.* (8. 2.)

§. 956.

Cum reales, seu praediales servitutes tamquam jura considerentur praediis adjuncta consequens est, easdem non interire, etiamsi fundus dominans, vel serviens in alterius dominium perveniat, sed in quemcumque universalem, vel singularem sucessorem transferri (1); si tamen jam constitutae sint; non enim singulari successori onus incumbit, ut servitutes tantummodo promissas constituat, quia praedio adhuc non adhaerent, sed personali actione a promissore peti debent, earumque loco, necessitate cogente, praestabitur id, quod interest (2).

(1) *L. Via* 23. *Si fundus* 2., *et seqq., l. Cum fundo* 36. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *def.* 2.

(2) *Argum. l. Haeredes ejus* 25. §. *Contra* 10. *ff. famil. ercisc.* (10. 2.)

§. 957.

Quod pertinet ad successores universales, inspiciendum est, utrum facta fuerit, necne haereditatis divisio. Primo casu is servitutem constituere tenetur, cui adjudicatum fuit praedium, quod ex defuncti promissione servire debet; hinc enim tenetur voluntati defuncti obsequi, ejusque promissa adimplere; inde vero, cum solus fundi dominio potiatur, individuum hoc onus in ipsum recidit.

§. 958.

Verum, si secuta adhuc non fuerit rerum haereditarium divisio, poterit ille, cui servitus promissa fuit, a quocumque haerede pro arbitrio eandem petere, quum omnes in solidum adstricti sint; utpotequia agitur de re, quae divisionem non recipit (1).

(1) *Et ideo, si divisionem res promissa non recipit, veluti via, haeredes promissoris singuli in solidum tenentur. L. Stipulationum* 2. §. *Ex his igitur* 2. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.).

§. 959.

Equidem defuncti obligationes plerumque inter cohaeredes pro parte haereditaria dividi solent (1); haec tamen regula, cum de rebus individuis agitur, locum non habet; sed altera, quae prohibet, ne obligationis natura ex persona haeredum immutetur (2). Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Pro haereditariis* 2. *cod. de haereditar. action.* (4. 16.)

(2) *Contra si promissor viae decesserit pluribus haeredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium (est), quin duret: quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. L. Haeredes* 25. §. *Contra* 10. *ff. famil. ercisc.* (10. 2.)

§. 960.

Sed, quia fundo communi non potest ab uno ex dominis imponi servitus absque interventu, et consensu aliorum, idcirco cohaeres in solidum conventus litis aestimationem praestabit, partem a cohaeredibus recepturus (1).

(1) *D. l.* 25. §. 10. *in fine ff. famil. ercisc.*

CAPUT II.

De servitutibus praediorum urbanorum.

Instit. lib. 2. tit. 3. *De servitutibus praediorum.*
Digest. lib. 8. tit. 2. *De servitutibus praed. urban.*
Cod. lib. 3. tit. 34. *De servitutibus, et aqua.*

SUMMARIA.

Referuntur praecipuae urbanarum servitutum species. §. 961.

Servitus altius tollendi triplici sensu intelligi potest. Primus explicatur. §. 962.

Altera ratio est, cum vicinus mihi permittit, ut in praedio suo aedificem ad determinatam altitudinem, et meis impensis. §. 963.

In tertia quis non in alterius solo, sed in suo aedificium attollere, et elatum servare tenetur. §. 964.

Legislatores possunt aedium altitudinem praescribere, ad urbis ornatum, vel etiam in commodum privatorum. §. 965.

Si privatus, in cujus commodum pubblica lege altitudo determinata est, vicino concedat, ut altius tollat, quam leges praescribunt, servitus non constituitur, sed restauratur naturalis libertas. §. 966.

Non licet in proprio solo altius tollere ad aemulationem; quae tamen non praesumitur. §. 967.

Qui partem domus vendidit, cum omnibus juribus eidem annexis, non potest partem retentam altius tollere in grave damnum emptoris. §. 968.

Eandem legem servare debet emptor partis domus favore venditoris. §. 969.

Favorabilior, quam emptoris, et venditoris, est caussa haeredis, cum pars domus a testatore legata fuit. §. 970.

Favorabilior interpretatio fieri debet in dubio pro haerede contra legatarium. §. 971.

Quare deterior sit legatarii conditio, quam venditoris, et emptoris? §. 972.

Unusquisque potest aedes suas pro arbitrio elevare, nisi lege, testamento, vel conventione prohibeatur. §. 973.

Servitutem non acquirit, qui prius se obstrinxerat, ne altius tolleret, deinde ad primaeva jura redit; sed naturalem libertatem recuperat. §. 974.

Servitus, qua vicinus in meo praedio murum ad certam altitudinem elatum habere tenetur, qua ratione mihi prodesse possit? §. 975.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 1. Co. l. 3. tit. 34.

Potest ita constitui servitus altius tollendi, ut vicinus, qui servitutem debet, aliquid facere teneatur. §. 976.

Servituti altius tollendi, *directe opponitur altera*, altius non tollendi, *ne luminibus, vel prospectui officiatur.* §. 977.

Servituti altius non tollendi proxime accedit altera, ne luminibus officiatur: huic vero servitus luminum. §. 978.

An servitus luminum sit facultas vicino concessa, ut in alterius muro fenestras habeat? §. 979.

Utrum sit facultas fenestras aperiendi in proprio muro, quae in locum vicini protendantur? §. 980.

Servitus luminum impedit, ne vicinus altius tollere possit aedes suas, quo lumina alterius nimis obscura fiant. §. 981.

Qui debet servitutem luminum, ita se continere debet, ut vicino relinquat lumen in usus diurni moderatione. §. 982.

Aedificiorum distantia major, vel minor relinqui debet pro forma, et situ aedificiorum. §. 983.

Constituta servitute, ne luminibus officiatur, prohibentur ea omnia, ex quibus vicini lumina obscuriora fiant: potest tamen plerumque auferri sol. §. 984.

Potest servitus haec ita constitui, ut vicinus altius tollere debeat, cum lumen per refractionem, seu repercussionem devolvitur in aedes vicini. §. 985.

Explicatur servitus prospectus: et ne prospectui officiatur. §. 986.

Quae sit servitus luminis aperiendi, vel non aperiendi? §. 987.

Servitus luminis non aperiendi constituta non praesumitur, etsi hinc grave incommodum vicino immineat, et lumina nunquam aperta fuerint. §. 988.

Utrum in servitute oneris ferendi servientis fundi dominus indistincte teneatur parietem suis sumptibus reficere; an in eo tantum casu, quo ita expresse convenerit. §. 989.

Romanis legibus inspectis probabilius defenditur, in servitute oneris ferendi, parietem impensis domini fundi servientis reficiendum non esse, nisi id actum sit. §. 990.

Ulpianus de obligatione, speciali pacto assumpta, intelligendus est, quam assumi posse putabat Servius, Gallus negabat. §. 991, et 992.

Demonstratur, quae sit legum inter se conjunctio. §. 993.

Paulus legem aedium commemorans, qua paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, *de privata conventionis lege explicari debet, ut ex ejusdem proposito aperte eruitur.* §. 994.

In foro magis recepta est contraria sententia. Qua ratione nitatur? §. 995.

Fultura tamen aedificii ad alterum pertinet: et dominus fundi servientis potest parietem derelinquere. §. 996.

Servitus tigni immittendi est facultas immittendi trabem, aut quid simile in parietem vicini, ut ibi requiescat. §. 997.

Si tignorum numerus in servitute constituenda definitus non sit, augeri potest, cum ita postulat praedii dominantis utilitas. §. 998.

Tignorum numero, vel qualitate definita, nec numerus augeri, nec qualitas immutari potest; licet ita desiderare videatur utilitas fundi dominantis. §. 999.

Neque ad alium usum, quam ille, de quo conventum est, tignum immittere licet in parietem vicini. §. 1000.

Si paries, qui servitutem debet, dilatetur, aut protendatur, non licet tignum in has novas partes inducere. §. 1001.

Possunt tamen in locum deficientium alia tigna substitui. §. 1002, et 1003.

Explicatur servitus projiciendi, seu protegendi. §. 1004.

In hac servitute vicinus, qui eam debet, tigna sustinere non tenetur; adeoque propria auctoritate potest destruere opus ab altero factum. §. 1005.

Quaedam praenotantur, quae pertinent ad servitutem stillicidii recipiendi, vel non recipiendi, avertendi, vel non avertendi. §. 1006. Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Co. l 3. tit. 34.

Servitus stillicidii, vel fluminis recipiendi est facultas, qua vicinus cogitur, ut aquam e tecto suo delabentem in meum solum ducat; vel non ducat, quamvis duci permittant leges. §. 1007.

Servitus stillicidii avertendi eo pertinet, ut aquam e tecto meo delabentem in aream vicini immittam: non avertendi, ne prohibeam, quominus delabatur. §. 1008.

Explicatur duplex ratio utriusque, quarum prima respicit meum stillicidium, vel flumen, ut in alienum solum ducam sponte, vel in vim servitutis vicino debitae. §. 1009, *et* 1010.

Altera ratio ad jus vicini refertur, ut suam aquam sponte, vel coacte in solum meum immittat. §. 1011, *et* 1012.

Altius tollere licet aedificium, deprimere non licet; ne stillicidium flumen fiat. §. 1013.

Retroduci potest stillicidium, non autem produci, nisi ita convenerit. §. 1014.

Stillicidium ex eadem materia semper decidere debet. §. 1015.

Dominus fundi servientis aedificare non potest in loco, ubi cadit stillicidium, si hinc vicino damnum immineat. §. 1016.

Diruto aedificio, et rursus instaurato reviviscit servitus stillicidii. §. 1017.

Nemo potest, nisi servitus constituta sit, projicere aquam in locum vicini, neque etiam in locum communem. §. 1018.

Qui habet servitutem projiciendae aquae, non potest immittere sordes: nec sterquilinium habere licet in loco communi. §. 1019.

Contra parietem communem licet reponere letamen ad modicum tempus. §. 1020.

Explicatur servitus cloacae mittendae. §. 1021.

Nemo potest impediri, ne cloacas purget, et reficiat, opere etiam facto in vicini aedibus, quod ad cloacas reficiendas necessarium sit. §. 1022.

Cur hic de pariete communi agendum sit? §. 1023.

§. 961.

Praecipuae urbanarum servitutum species sunt. 1. Altius tollendi, vel non tollendi. 2. Servitus luminum, 3. Ne luminibus officiatur. 4. Luminis aperiendi, vel non aperiendi. 5. Oneris ferendi, 6. Tigni immittendi, projiciendi, seu protegendi. 7. Fluminis, aut stillicidii recipiendi, vel non recipiendi: avertendi, vel non avertendi. 8. Aquam immittendi, seu projiciendi in aream vicini, sterquilinium habendi, vel cloacae mittendae. Postremo quaedam dicenda sunt de pariete, et atriu, seu vestibulo communi; quia et in his servitutis quaedam imago deprehenditur.

§. 962.

Servitus altius tollendi tribus modis potest intelligi, seu, ut melius dicam, a quibusdam interpretibus tribus diversis modis explicatur. 1. Quoties privatorum favore legibus statuta est altitudo, qua aedificia contineri debeant, nec altius liceat aedificare, vicinus autem permittit, ut supra altitudinem a legibus praestitutam, alter aedes construat: vel cum prius convenerat, ne vicinus altius tollere posset aedificium, deinde naturalis libertas posteriore contractu fuit restituta.

§. 963.

2. Cum vicinus mihi permitit, ut in praedio suo aedificem ad quandam altitudinem: vel parietem, aut aedificium jam extructum attollam, ad meam tamen utilitatem, et simul meis impensis; etsi enim plerumque magis vicino intersit, ne ego in illius praedio aedificium attollam, aliud tamen aliquando ex singularibus caussis expedire potest, ut mox explicabimus. In hac ergo specie, inquiunt, servitus vicino aquiritur qua me cogere potest, ut meis sumptibus ad definitam altitudinem aedificium sustineam, vel, ut alii explicant, servitus mihi quaeritur, ex qua vicinus pati tenetur, ut in suo praedio aedificium ad determinatam altitudinem habere mihi liceat.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 964.

Postrema ratio, qua servitus altius tollendi explicari potest, ad secundam accedit, atque in eo tantum differt, quod in secunda vicinus aedificium habet in solo alterius: tertia autem contingit, cum quis se adstrinxit, ut in proprio suo solo, et suis impensis aedificium attollat, et elatum servet in vicini utilitatem. Diversas hujusmodi species seorsim expendamus, quarum tamen prior servitutis nomine donari non potest, ut mox demonstrabimus.

§. 965.

Nemini dubium est, quin legislatores possint aedificiorum altitudinem prescribere, et definire (1), vel ad urbis ornatum, vel etiam in privatorum commodum, et utilitatem. Primo casu privatis facultas non competit, qua viciuis permittant, ut altitudinem a legibus praestitutam excedant; licet in altero (2); quia jus publicum privatorum pactis immutari non sinunt leges (3); iis autem, quae pro se instituta sunt, quilibet potest pro arbitrio renunciare (4).

(1) *L.* 1. *§. Nunciamus* 17. *ff. de operis novi nunciat.* (39. 1.), *l. Qui luminibus* 11. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Ex quo pace* 12. §. 1., *et §. Nulli autem* 3. *cod. de aedific. privat.* (8. 10.)

(3) *L. Jus publicum* 38. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. Neratius quaerit* 20. *ff de relig., et sumpt. fun.* (11. 7.), *l. Quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad l. falcid.* (33. 2.)

(4) *L. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pact.* (2. 3.)

§. 966.

Si ergo, in postremo casu alteri a vicino permitti, ut altius tollere possit aedificium, nulla hujus favore dici potest constituta servitus, si proprie loqui velimus; utpotequia facultas altius tollendi libertas est a natura ipsa concessa (1): quin intersit, utrum vicino noceatur, necne (2); qui enim jure suo utitur, nemini injuriam facit.

(1) *L. Altius* 8. *cod. hoc tit.*, *l. Proculus ait* 26. *ff. de damn. infect.* (39. 2.)

(2) *D. l.* 8., *et l. sequ. cod. hoc tit.*, *l. Cum eo* 9. *ff. hoc tit.*

§. 967.

Exceptio tamen huic regulae admittitur, cum vicinus altius tollendo aedificium alteri nocet, quin sibi prosit; quae enim aemulationis caussa fiunt, publice interest non probari, sed potius irrita fieri (1). Verum, cum aemulatio dolum sapiat, qui nunquam praesumitur, idcireo a prudenti judicis arbitrio pendet definire, inspectis omnibus personarum, loci, et similibus adjunctis, utrum aemulatio interveniat, necne (2).

(1) *L. Opus novum* 3. *ff. de operib. publ.* (50. 10.), *l.* 1. *§. Denique* 12. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arcen.* (39. 3.), *Thes. dec.* 16, *num.* 10., *et dec.* 41. *num.* 10.

(2) *L. Dolum* 6. *cod. de dolo malo* (2. 21.).

§. 968.

Exceptio, quam modo expendimus, descendit ex ipsa rei natura: aliae quoque ex mente contrahentium, vel testatorum expressa, vel tacita aliquando contingere possunt. De vi expressae voluntatis nulla moveri potest dubitatio. Duplex afferri solet exemplum tacitae voluntatis, quorum primum ad eam speciem pertinet, qua quis partem domus vendiderit cum omnibus juribus eidem annexis; tunc enim inter emptorem, et venditorem convenisse videtur, ne venditor, in parte sibi retenta, altius aedificare possit in damnum emptoris; itaut non tantum lumen emptori relinquatur, sed prohibeatur venditori, ne luminibus emptoris officiat (1). Quamquam haec a judicis arbitrio pendent, singulis adjunctis rerum, et personarum inspectis, itaut aliquando sola servitus luminum tacite inducta censeatur (2); cum hic potius versetur aequitas, quam strictum jus.

(1) *Argum. l. Gaurus* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l.* 10. *ff. hoc tit.*

§. 969.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 34.

Idem quoque, ex identitate rationis, servare debet emptor favore venditoris, neque partem emptam altius elevare, aut in ea aliud opus facere, quo luminibus alterius partis detrimentum inferat (1): quod quidem extendit Senatus ex aequitate etiam ad eum casum, quo domus libera, et omnis servitutis expers vendita fuerit; vel contractu divisionis, aut alio quocumque domus pars ad alium pervenerit (2).

(1) *D. l. Gaurus* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *Thes. dec.* 216. *num.* 1. ✠

§. 970.

Dixi idem jus servari, quocumque contractus genere domus pars alterius fiat. Non idem omnino est in legato; haeres quippe testatoris, qui cum binas aedes haberet, alteram legavit, non prohibetur altius tollere aliud aedificium; etiamsi legatarii lumina obscuriora fiant, dummodo, ait Marcellus, non penitus lumen praecludatur; sed relinquatur tantum luminis, quantum sufficit in usus diurni moderatione (1).

(1) *D. l. Gaurus* 10. *ff. hoc tit.*

§. 971.

Ratio autem, cur haeredi concedatur, ut luminibus legatarii officiatur, non autem emptori, vel venditori partis domus, haec afferri potest, quod haeredis caussa, quando cum legatario concurrit, favorabilior esse debeat, utpotequi magis dilectus a testatore merito judicatur, quam legatarius (§. 177. D.). Ergo non amplius petere potest, quam lumen in usus diurni moderatione, sine quo inutile propemodum fieret legatum (1).

(1) *D. l.* 10. *in fin. ff. hoc. tit.*

§. 972.

Econtra emptor videtur fundum emere, inspecto rerum statu, qui contractus tempore sese oculis exhibet: atque emptionem perficere, inspecta forma, et conditionibus, sub quibus a venditore tenetur; adeoque lucis, salubrioris aeris, solis, et coeli commoda, quae nominatim excepta non sunt, sibi quoque una cum re empta comparare (1); cum haec veluti fundi qualitates considerentur (2), quae idcirco in emptorem transferri debent (3), nisi nominatim fuerint exceptae (4). Atque eadem aequitatis ratio favet venditori, qui partem domus vendendo non praesumitur ita sibi nocere, ut longe deterior fiat partis retentae conditio.

(1) *Argum. l. Fundi* 17. *§. Labeo* 7. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(2) *L. Quid sunt aliud* 86. *ff. de verb. signific.* (50. 16.)

(3) *D. l.* 17. *§.* 7. *ff. de act empt.*

(4) *L. Alienatio* 67. *ff. de contrah. empt.* (18. 1.)

§. 973.

Sed redeamus, unde discessimus. Quilibet generatim loquendo potest, aedes suas usque ad sydera tollere, ut loquuntur pragmatici, nisi lege, testamento, vel conventione prohibeatur (§. 958.). Si lex altius tolli aedificium prohibeat favore privatorum (§. 957.), atque vicinus, cujus utilitati prospexit lex, mihi permittat, ut altiores aedes extruam, nullum mihi jus servitutis acquiritur; sed tantum restituitur naturalis libertas, qua prius uti non poteram lege prohibente (1); servitus enim non est, cum servientis fundi libertas naturalis non imminuitur, ut dominantis augeatur (§. 882.).

(1) *L. Sicuti autem* 8. *§. Aristo* 5. *ff. si serv. vindicet.* (8. 5.), *l. Cum eo* 9. *ff. hoc tit.*

§. 974.

Idem ferri debet judicium, cum quis conventione primum jus sibi ademerat altius tollendi, deinde alio contractu ad pristinum jus rediit. Sane prioris juris restauratio servitus dici nullatenus potest (1); quia neque in hac specie naturalis alterius fundi libertas augetur, vel minuitur (d. §. 882.). Ergo prior ratio, qua servitus altius tol-

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Co. l. 3. tit. 34.

lendi a quibusdam interpretibus explicatur, veritati minus consentanea est, ut supra dicebamus (§. 956.)

(1) *L. Si aedes* 32. *ff. hoc tit.*

§. 975.

Alter modus, quo servitus altius tollendi explicari potest, tunc occurrit, cum vicinus hanc facultatem mihi tribuit in suo praedio, ea tamen conditione, ut meis sumptibus extruam (§. 955.); de qua forte agit Paulus (1): atque eo prodesse potest, ut vicino prospectus auferatur in domum meam, ventus vis coerceatur: vel majus lumen recipi possit per refractionem, seu repercussionem (2).

(1) *Interpositis quoque alienis aedibus imponi potest (veluti), ut altius tollere, vel non tollere liceat. L. In tradendis* 7. §. 1. *ff. comm. praed.* (8. 4.)

(2) *Interdum dici potest, eum quoque, qui tollit aedificium, vel deprimit, luminibus officere: si forte per refractionem, seu repercussionem, vel pressura quadam lumen in eas aedes devolvatur. L. Si arborem* 17. §. *Interdum* 2. *ff. hoc tit.*

§. 976.

Tertio potest ita constitui servitus altius tollendi, ut vicinus teneatur suum aedificium in suo solo ad eam usque altitudinem servare, de qua convenerit. Equidem servitutis natura non in faciendo, sed in omittendo, vel patiendo sita est (§. 886.). Sed, quoniam haec servitutum natura, licet naturali quadam ratione innixa, tamen a legibus civilibus pendet, ideoque potest immutari, uti evenit in servitute oneris ferendi (1), de qua inferius sermonem habebimus, nulla superesse potest justa dubitatio, quin servitus constitui possit altius tollendi, itaut aedificium fieri debeat impensis ejus, qui servitutem praestat.

(1) *L. Etsi forte* 6. §. *Etiam de servitute* 2. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.)

§. 977.

Servituti altius tollendi aedificium directe opponitur altera, quae altius non tollendi nominatur; et constitui solet, ut vicini aedificium alterius lumini officere nequeat, vel forte etiam penitus auferat (1).

(1) *L. Luminum* 4., *l. Si domus tua* 21., *l. Si aedes meae* 32. *ff. hoc tit.*

§. 978.

Hinc patet, a servitute altius non tollendi parum distare alteram, ne luminibus officiatur; cum utraque tendat ad eundem effectum, et altera alteram secum trahat (1). Ad servitutem vero, *ne luminibus officiatur* proxime accedit, quae servitus *luminum* in jure vocatur. Utramque explicemus.

(1) *L. Luminum* 4., *l. Haec autem jura* 6. *versic. Veluti ff. hoc tit.*

§. 979.

Servitus luminum diversimode ab interpretibus explicari solet, quamquam omnes consentiunt, hoc nomine donari non posse facultatem, qua quis fenestras in suo pariete aperiat; haec enim facultas servitus non est, sed naturalis libertas cuique competens (1). Ergo quibusdam placet, servitute luminum nihil aliud significari, quam facultatem vicino tributam, ut in alterius muro fenestras habeat; et nituntur auctoritate Pauli, qui nullum discrimen agnoscere videtur inter servitutem luminis immittendi, et fenestrae aperiendae (2).

(1) *L. Altius* 8. *cod. hoc tit.*

(2) *Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse, respondi. L. penult. ff. hoc tit.*

§. 980.

Existimant alii, luminum servitute id constitutum videri, ut quis in suo pariete fenestras habeat; non simpliciter, quod naturalis libertatis jure competit (§. praeced.); sed ita, ut in aream vicini protendantur, quod sine jure servitutis fieri non posse conten-

dunt. Atque ejusdem Pauli responsum afferunt, quo in servitute luminum id contineri tradit, ut vicinus lumina nostra, seu, ut ipsi explicant, fenestras nostras excipiat (1).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Co. l. 3. tit. 34.

(1) *Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. L. Luminum 4. ff. hoc tit.*

§. 981.

Postrema tandem, et magis probata ratio, qua servitus luminum explicatur, eo pertinet, ut vicinus prohibeatur, ne aedificia sua altius tollat, aut aliud opus faciat, quo lumen auferatur, vel nimium obscuretur (1). Atque hoc sensu diximus, servitutem hanc accedere tum ad servitutem altius non tollendi, tum ad alteram, ne luminibus officiatur (§. 978.)

(1) *Atque haec explicandae servitutis hujus ratio Marcelli responso nititur in l. Gaurus 10. ff. hoc tit.*

§. 982.

Ergo, qui servitutem luminum debet, prout eam postremo loco explicavimus, non omnino prohibetur altius tollere, vel aedificium extruere, quo luminibus vicini noceatur; sed ita se continere debet, ut tantum luminis vicino supersit, quo quisque indiget in usus diurni moderatione (1): quae servitus ex aequitate, et tacita contrahentium voluntate aliquando constituta judicatur (§. 960.)

(1) *D. l. 10. in fin. ff. hoc. tit.*

§. 983.

Si autem quaeratur, quae aedificiorum distantia, vel quae altitudo praescribi debeat in hac specie, respondemus, non una certa regula quaestionem hanc definiri posse; utpotequia, attenta aedificiorum forma, et situ, diversimode judicari, et statui debet. Quare peritorum judicium in primis requirendum est. Quod si dissentiant, judex mediam quandam viam eligere poterit, sicut in hisce casibus fieri solet (1), itaut utrique parti consulatur.

(1) *Ab-Eccles. observ. 142. num. 18.*

§. 984.

Ex dictis satis constat, restrictiorem esse servitutem luminum, quam alteram, ne luminibus officiatur; qui enim postremam hanc servitutem debet, prohibetur, ne quid faciat, quo lumina vicini obscuriora fiant (1), vel coeli aspectus impediatur (2). Potest tamen solem auferre, nisi aedificium dominans ex iis sit, quae sole omnino indigent, qualia erant apud Romanos aedificia in superiore parte domus extructa, quae solaria appellabant, vel in aprico loco posita, ad calorem solis excipiendum, quae heliocaminorum nomine veniunt (3).

(1) *Ne lumina cujusquam obscuriora fiant. L. Inter servitutes 15. in med. ff. hoc tit.*

(2) *Lumen, idest ut coelum videretur; et interest inter lumen, et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest. L. Lumen 16. ff. hoc tit.*

(3) *Si arborem ponat, ut lumini officiat, aeque dicendum erit contra impositam servitutem eum facere: nam et arbor efficit, quo minus coeli videri possit. Si tamen id, quod ponitur, lumen quidem nihil impediat, solem autem auferat, si quidem eo loci, quo gratum erat, eum non esse, potest dici, nihil contra servitutem facere: sin vero heliocamino, vel solario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, cui sol fuit necessarius, contra servitutem impositam fieri. L. Si arborem 17. ff. hoc tit.*

§. 985.

Regulare quidem est in hac servitute, ut, qui eam debet, altius tollere nequeat aedes suas (1): fieri tamen aliquando potest, ut ex conventione teneatur suum aedificium elevare, ut vicino dominanti fundo utilitatem afferat (2); puta si per refractionem, vel repercussionem lumen in aedes devolvatur (3). Caeterum, si tantum promissa sit hujus-

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Co. l. 3. tit. 34.

modi servitus altius tollendi, ut vicini lumina clariora sint, nondum autem constituta, et vendatur fundus, cui servitus imponenda est, emptor hoc pacto, utpote personali, non adstringitur (4).

(1) *L. Luminum* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *Si inter te, et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrium accipere poteritis. L. Qui luminibus* 11. §. 1. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Si arborem* 17. §. *Interdum* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *Argum. l. ult.* §. 1. *ff. de contr. empt.* (18. 1.)

§. 986.

Amplior adhuc est servitus prospectus, et ne prospectui officiatur; ei enim qui debet servitutem prospectus, non tantum prohibentur, quaecumque efficere possunt, ut lumina vicini obscuriora sint; sed etiam illa, ex quibus magis gratus, et liber prospectus impediatur (1).

(1) *Inter servitutes, ne luminibus officiatur, et ne prospectui offendatur, aliud, et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, et liberum: in luminibus autem (non officere), ne lumina cujusquam obscuriora fiant. Quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur: opusque ei novum nunciari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat. L. Inter servitutes* 15. *ff. hoc tit.*

§. 987.

Hisce servitutibus adjungi potest servitus luminis aperiendi, vel non aperiendi: quarum prima jus vicino tribuit, ut in alterius vicini pariete fenestras aperiat, ex quibus suum aedificium lumen recipere possit: ex altera vero prohibetur vicinus, ne fenestras in proprio pariete aperiat (1); atque eo tendit, ut prospectus vicino impediatur in aream, vel aedificium alterius.

(1) *L. penult. ff. hoc tit.*

§. 988.

Sed hujusmodi servitus luminis non aperiendi nunquam constituta praesumitur, nisi probetur, etiamsi gravis molestia inde vicino inferatur, et per longum tempus, etiam cujus memoria non extet, nullae fuerint in eodem pariete fenestrae (1); quia, ut toties diximus, nemini facit injuriam, qui jure suo utitur (2); nulla autem nocet praescriptio in illis, quae ab alterius arbitrio pendent, nisi ex una parte prohibitio, et altera prohibitionis patientia intervenerit (§. 915, et seqq.).

(1) *Thes. dec.* 41. *num.* 15.

(2) *L. Altius* 8. *cod. hoc tit.*

§. 989.

Post haec sequitur servitus oneris ferendi, de cujus natura, et vi non consentiunt interpretes. Aliquibus placet, generalem regulam statuere, qua ille, qui hanc servitutem debet, suis semper impensis parietem reficere teneatur. Sentiunt alii, huic oneri non subesse, nisi speciali conventione se adstrinxerit, itaut ea deficiente nullum faciendi onus ipsi immineat; sed tantum permittere cogatur, ut vicinus parietem propriis impensis reficiat, et sustineat.

§. 990.

Si ex Romanis legibus quaestio haec dijudicari debet, iisdem magis consentanea videtur posterior sententia; nulla enim afferri potest Imperatorum constitutio, nullum Senatus consultum, vel alia juris sanctio, in qua servitus haec a caeteris hoc sensu diversa statuatur: neque ullus est jureconsultus, aut rerum Romanorum scriptor demonstrari potest, qui hanc legem commemoret. Quare concludendum omnino est, hujusce servitutis naturam caeterarum exemplo non in faciendo, sed in omittendo, vel patiendo sitam esse (1).

(1) *L. Quotiens* 15. §. 1. *ff. de servit.* (8. 1.)

§. 991.

Sed perpendamus argumenta, quae a contrariae sententiae patronis proferri solent. In primis nituntur auctoritate Ulpiani docentis, eum, cujus favore haec servitus constituta est, posse vicinum adigere, ut onus sustineat, ac murum eo reficiat modo, quo conventum fuit (1).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Co. l. 3. tit. 34.

(1) *Etiam de servitute, quae oneris ferendi caussa imposita erit, actio nobis competit: ut et onera ferat, et aedificia reficiat ed eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. L. Et si forte* 6. §. *Etiam* 2. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.)

§. 992.

Verum, si totius legis sententia attente consideretur, aperte constabit, jureconsultum generalis regulae instar non statuisse, ut vicinus, qui hanc servitutem praestat, indistincte teneatur, parietem suis sumptibus reficere; sed in eo tantum casu, quo contrahentibus ita expresse placuerit. Neque enim, ait Ulpianus, Servium, cujus opinio praevaluit, in universum sensisse, onus hoc servitutis fundi domino imminere; sed probandum esse in hac servitute hujusmodi pactum, quod caeterarum servitutum indoli adversatur, et Gallo displicebat (1).

(1) *Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur: sed, ne me facere prohiberet; nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium, reficere parietem ad onera sua sustinenda. D. l.* 6. §. 2. *in med. ff. si servit. vindic.*

§. 993.

Vicinus ergo, qui fert onus, murum restaurare tenetur, si tamen ita convenerit: atque hoc sensu explicari debet jureconsultus, ubi aliud innuere videtur (1); etenim lex octava conjungenda non est cum septima, quae prior refertur; sed cum sexta, utpotequae ex eodem libro decimosexto ad edictum deprompta est, et cujus legis appendix videtur lex octava: quemadmodum demonstrat particula *autem*, quae rerum seriem, et progressum indicat.

(1) *Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. L. sicut* 8. *ff. eod. tit. si serv. vindic.*

§. 994.

Quoad Paulum attinet, qui legem aedium commemorat, qua cautum sit, ut paries oneri ferendo destinatus in eodem statu servari debeat (1), potest convenienter intelligi de privata conventione, quae nonnumquam legis nomine a jureconsultis donatur, nec immerito; quia, sicuti leges ad aliquid faciendum adstringunt, ita et privatae conventiones (2). Quinimmo hanc esse Pauli sententiam aperte eruitur ex ejusdem verbis; speciem enim perpendit, qua convenerit, ut murus, qui onus ferre debet, ita sit, uti in praesens est; et quaerit, utrum in vim hujusce conventionis teneatur dominus murum reficere suis impensis, et respondit teneri; quia, cum paries in eodem statu perpetuo manere nequeat, quo primitus fuit, consequens est, impensis ejus, qui servituti se subjecit, restaurandum esse (3).

(1) *Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent: non eum, qui imponere vellet. Nam, cum in lege aedium ita scriptum esset, paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit. L. Eum debere* 33. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Herennius Modestinus* 22. *ff. de stat. hom.* (1. 5.), *l. Lex vectigali* 31. *ff. de pignor.* (20. 1.), *tot. tit. ff. de lege commiss.* (18. 3.)

nst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Co. l. 3. tit 34.

(3) *Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent; non eum, qui imponere vellet. Nam, cum in lege aedium ita scriptum esset, paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere; non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. D. l.* 33. *ff. hoc tit.*

§. 995.

In foro tamen passim recepta est prior opinio (1), quae ea ratione defendi potest, quod superiori, tantum per consequentiam, lucrum quaeratur per refectionem hujusce parietis; directe vero, et principaliter inferiori. Quare aequius videatur ut impensas ipse ferat.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 1.

§. 996.

Sed in hoc conveniunt omnes, inferioris parietis domino non incumbere onus fulciendi superiorem, dum ipse inferiorem reficit, sed superiori; nisi malit interim aedificium deponere, deinde restituere (1). Immo licet servientis praedii domino parietem derelinquere, et ita se ab hujusmodi onere liberare (2).

(1) *Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere, nam si non vult superior fulcire, deponat: et restituet, cum paries fuerit restitutus. L. Sicut autem* 8. *ff. si serv. vind.* (8. 5.)

(2) *Denique licere domino rem derelinquere, scribit. D. l. si forte* 6. §. *Etiam de servitute* 2. *in fin. ff. eod. tit.*

§. 997.

Jus, seu servitus tigni immittendi, nihil aliud est, quam facultas tigni, vel alterius cujusque rei inducendae in murum vicini, ut ibi requiescat (1). Atque ex una parte ab eo sustineatur, ex altera a praedio dominante, quo superaedificare possit (2).

(1) *Inter projectum, et immissum hoc interesse, ait Labeo: quod projectum esset id quod, ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia moeniana, et suggrunda essent; immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret: veluti tigna, trabes, quae immitterentur. L. Malum navis* 242. §. 1. *ff. de verb. signific.* (50. 16.)

(2) *Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi (talem) servitutem, ut in parietem ejus tigna immittere mihi liceat, supraque ea tigna (verbi gratia) porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant. L. Sicut autem* 8. §. 1. *ff. si serv. vind.* (8. 5.)

§. 998.

Specialia quaedam in hac servitute sunt animadvertenda. 1. Cum in servitutis constitutione definitus non fuit tignorum numerus, poterit, si praedii dominantis utilitas id postulet, augeri; potissimum si ratio, et finis constituendae hujus servitutis fuerit demonstratus; cum enim nullis limitibus conclusum sit jus dominanti praedio quaesitum, protrahi debet, quantum honeste potest, ratione habita necessitatis, et utilitatis (1).

(1) *Argum. l. Si servitus* 23. *ff. hoc tit.*

§. 999.

Verum, si praefinitus sit numerus, et qualitas tignorum definita, nec majorem numerum, nec alterius qualitatis immittere licebit, etiamsi fundi dominantis utilitas id postulare videatur (1): cum enim naturalis fundi libertas per servitutem imminuatur, adeoque odiosa sit, non debet praeter conventionem extendi, imo potius restringi, quantum fieri potest. Quod autem dicitur de servitute pacto constituta, ei

quoque convenit, quae praescriptione fuerit comparata; cum in utraque eadem vigeat juris ratio. Inst. l. 2. tit. 3.

(1) *Modum adjici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur, (vel non agatur): veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, ut carbo portetur. L. Servitutes* 4. §. 1. *ff.* 1. *de servit.* (8. 1.) ff. l. 8. tit 2. Co. l. 3. tit. 34.

§. 1000.

Si contrahentes hujusce servitutis constituendae finem expresserint, fas non erit tigna immittere ad alium usum; non enim potest natura servitutis, quae odiosa est, et stricte interpretanda, ex alterius placito, altero reluctante, immutari (1).

(1) *L. Mutuum* 2. §. 1. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Eum, a quo* 16. *cod. de solutionib.* (8. 43.)

§. 1001.

Denique, si vicinus, cujus fundus servit, parietem dilatet, vel protendat, non licet alteri tigna immittere in eam muri partem, quae postea accessit, nisi forte conventionis verba hanc quoque complectantur; alioquin enim firma est juris regula, non permitti servitutis modum, de quo inter contrahentes actum non est (1).

(1) *L. Servitutes* 4. §. 1., *et* 2., *l. Via* 5. §. 1., *l.* 6. *et passim ff. de servitutib.* (8. 1.)

§. 1002.

Non tamen denegatur facultas alia tigna immittendi in eorum locum, quae vetustate, vel alia caussa corrupta sunt, quamvis numerum tignorum, et qualitatem initio contrahentes expresserint: realis enim servitus, utpote rei ipsi inhaerens, perpetua judicatur, nisi aliud actum probetur (1). Adde, tigna, quae in aliorum locum substituuntur, eadem juris fictione reputari (2).

(1) *L. Si testamento* 31., *l. Eum debere* 33. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Servitutes* 20. §. *Si sublatum* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1003.

Neque Pauli sententiam reprobat Pomponius, ajens, prohibere me posse vicinum, ne in parietem meum nova tigna immittat, imo agere, ut immissa tollat (1): siquidem jureconsultus loquitur de tignis, quae alter superaddere velit, ut patet ex veterum tignorum mentione, quae a novis, idest superadditis, aperte distinguit.

(1) *Si, cum meus proprius esset paries, passus sim (te) immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me potes: imo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas. L. Si, cum meus* 14. *ff. si serv. vind.* (8. 5.)

§. 1004.

Servitus projiciendi, protegendique (1), aliud non est, quam facultas provehendi tignum extra proprium murum, itaut super aream vicini propendat (2); quod plerumque fit, ut aqua ab aedificio avertatur.

(1) *L. Urbanorum* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *Inter projectum, et immissum hoc interesse, ait Labeo: quod projectum esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret; qualia moeniana, et suggrunda essent: immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur. L. Malum navis* 242. §. 1. *ff. de verb. signific.*

§. 1005.

Maximum inter hanc servitutem, eamque tigni immittendi intercedit discrimen; in prima enim non tenetur vicinus tigna sustinere, quae extra parietem tendunt, quemadmodum tenetur in altera (§. 997.). Praeterea in priore specie vicinus, in cujus solum alterius tigna porriguntur, propria auctoritate opus destruere nequit, potest

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 34.

autem in altera; quia ibi vicinus in proprio fundo aedificium construxit, in secundo vero tignum in alterius parietem immisit (1).

(1) *Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni injuria agere, Proculus scribit; debuisti enim mecum, jus mihi non esse protectum habere, agere: nec esse aequum, damnum me pati, recisis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto Imperatoris Severi, qui ei, per cujus domum trajectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, jure suo posse eum intercidere, et merito; interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit. L. Quemadmodum* 29. §. 1. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.)

§. 1006.

Post haec sequitur servitus stillicidii aut fluminis recipiendi, vel non recipiendi: avertendi, vel non avertendi; sed, antequam istarum servitutum naturam expendamus, quaedam praenotanda sunt. 1. Unusquisque tenetur aquam, quae e tecto suo decidit, in proprium locum derivare, non in alienum ducere, nisi publicis legibus aliter caveatur: 2. Inspecta regionis indole aliquando vicino interesse potest, ut aquam e tecto suo decidentem in alienum solum ducat, aut vicini aquam in solum suum: 3. Stillicidium a flumine in eo differt, quod stillicidii nomine significatur aqua pluvia, quae e tecto guttatim decidit: fluminis autem eadem aqua, sed in canales collecta, quae idcirco instar fluminis e tecto ruit.

§. 1007.

Ergo servitus recipiendi stillicidii, aut fluminis nihil aliud est, quam facultas mihi concessa, qua vicinus tenetur aquam e suo tecto decidentem derivare, seu non impedire, quominus in meum solum delabatur, nec illam ad sui utilitatem retinere potest: servitus autem stillicidii, vel fluminis non recipiendi eo tendit, ne vicinus possit stillicidium suum, vel flumen in solum meum derivare, quamvis generatim id permittant publicae leges (1).

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1008.

Servitus stillicidii avertendi jus est mihi competens aquae, quae e tecto meo decidit, in aream, vel locum vicini derivandae: servitus autem stillicidii non avertendi vicino jus tribuit, quo me prohibere possit, ne impediam, quominus aqua e tecto meo decidens in suum solum delabatur (1).

(1) *L. Urbanorum* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1009.

Equidem hujusmodi servitutes diversimode ab aliis interpretibus explicantur. Verum magis consentanea tum legibus, tum rebus ipsis videtur modo proposita interpretatio; servitutes enim, quae ad stillicidium, vel flumen pertinent, duplicem respectum habent: videlicet quaestio esse potest de meo stillicidio, vel de stillicidio vicini. Etsi stillicidium e tecto meo decidens in solum meum duci suadeat ipsa naturalis ratio, nihil tamen impedit, quominus jure constitutae servitutis in alienum praedium ducam. Atque jus hoc servitus stillicidii, vel fluminis avertendi nominatur.

§. 1010.

Eadem naturalis ratio aquae e tecto meo decidentis dominium mihi addicit, ut ea pro arbitrio in meam utilitatem utar. Si ergo conventione adstringar, ut eam in alienum praedium ducam, vicino jus quaeritur, ne prohibeam, quominus ita defluat aqua. Atque jus hoc dicimus servitutem stillicidii, vel fluminis non avertendi.

§. 1011.

Cum autem vicino idem jus competat, ut aquam e tecto suo delabentem ipse recipiat, atque eodem pariter onere teneatur, ne eandem aquam in praedium meum derivet: praeterquam si publica auctoritate id permittatur, si vicinus jus sibi adimat, quo

aquam suam retineat, ut in praedium meum delabatur, servitus mihi quaeritur stillicidii, vel fluminis recipiendi: contra servitutem stillicidii, vel fluminis non recipiendi constitutam dicemus, cum vicinus jure, sibi publica auctoritate concesso, se exuit, nec amplius potest aquam suam in praedium meum derivare. Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 1012.

Servitus igitur, ut verbo dicam, stillicidii, aut fluminis recipiendi refertur ad aquam, quae e tecto vicini decidit: avertendi vero, vel non avertendi fluminis, vel stillicidii pertinet ad illam, quae e tecto meo delabitur.

§. 1013.

De hisce servitutibus, quae frequentes sunt, plures a Romanis jureconsultis regulae praestituuntur. 1. Cum servitus fluminis apta sit gravius damnum alieno praedio inferre, quam servitus stillicidii, non sinunt jura, ut aedificium, ex quo cadit aqua, deprimatur; quia hinc fieri posset, ut stillicidium in flumen verteretur; attolli vero permittunt quia aqua, quae ex altiore loco decidit, facile dispergitur, ut nec interdum perveniat ad locum servientem (1).

(1) *L. Servitutes* 20. §. *Stillicidium* 5. *ff. hoc tit.*

§. 1014.

Eadem fere ratione vetitum est, ne producatur stillicidium; permittitur autem, ut retroducatur; quia in prima specie magis decideret in praedium vicini, minus in altera (1). Neque immutari potest locus, quo stillicidium cadit: neque acrius effici, sed levius effici potest; melior enim vicini conditio utique fieri potest; non autem deterior, nisi in servitute imponenda ita nominatim convenerit (2).

(1) *Eadem caussa retroduci potest stillicidium; quia in nostro magis incipit cadere produci non potest. D. l. Servitutes* 20. §. 5. *in med. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 20. §. 5. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 1015.

Tandem prohibetur fundi dominus, cujus favore servitus constituta est, ne stillicidium ex alia materia cassitare permittat ab ea, ex qua prius decidebat: puta si ex tegula cassitaverit stillicidium, ait Paulus, postea ex tabulato, vel ex alia materia cassitare non potest (1); quia nec servitus, nec servitutis modus arbitrio ejus, ad quem pertinet fundus dominans, immutari potest (2).

(1) *D. l.* 20. §. *Si antea* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si cui* 9. *ff. de servitutib.* (8. 1.), *l. Certo generi* 13. §. *ult. ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 1016.

Sed nec vicissim praedii servientis domino conceditur, ut aedificium struat in loco, in quo stillicidium coepit cassitare (1): quod tamen ita accipiendum est, si hinc vicino noceatur, ut amplius recipi nequeat stillicidium; alioquin enim prohiberi non potest, quod uni prodest, nec in alterius dispendium vergit (2).

(1) *D. l. Servitutes* 20. §. *Si servitus.* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 20 §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1017.

Unum est, quod in hac stillicidii, vel fluminis servitute animadvertendum superest, nimirum diruto aedificio non statim extingui servitutem, sed interim suspendi: ut tamen revivificat, si aedificium restauretur (1); quia novum aedificium, quod in prioris locum suffectum est, idem cum eo consideratur, publica suadente utilitate (2), et natura servitutis, quae perpetua esse debet. Aliud tamen, ut obiter dicamus, obtinet in servitutibus personalibus (3), quae ex sui natura temporales sunt.

(1) *D. l. Servitutes* 20. §. *Si sublatum* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 20 §. 2.

(3) *D. l.* 20. §. 2.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Co. l. 3. tit. 34.

§. 1018.

Hisce servitutibus adjungi possunt, de quibus mentio quoque habetur in Romanorum prudentum responsis: veluti fumi immittendi in superiora vicini aedificia vel aquam projiciendi in loca inferiora; quisque enim utique in suo favore potest opus quodlibet, ita tamen, quemadmodum scite animadvertit Ulpianus, ne aliquid in vicini praedia immittat, vel projiciat, nisi facultatem hanc servitute constituta adeptus sit (1): quinimo neque in communem locum aquam projicere licet, si socius dissentiat, utpotequia in re communi melior est prohibentis conditio (2); atque communis locus pro uniuscujusque portione proprius est, non alienus (3).

(1) *L. Sicut autem* 8. §. *Aristo Cerellio* 5. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.)

(2) *L. Sabinus* 28. *ff. communi dividund.* (10. 3.)

(3) *L. Pupillus* 239. §. *ult. ff. de verbor. significat.*

§. 1019.

Qui autem utitur servitute aquae projiciendae in aream vicini, non ideo sordes immittere potest, nisi expresse ita convenerit; quia inde aer facile corrumpitur, et pestilentiosus fit (1). Neque in loco communi sterquilinium habere licet ob foetorem, qui inde facile oritur (2).

(1) *L. Praetor ait* 2. §. *Idem ait* 29. *ff. ne quid in loco publ.* (43. 8.)

(2) *Argum. l. ult.* §. 3. *ff. quod vi, aut clam* (43. 24.)

§. 1020.

Hinc tamen non recte infertur, nefas esse vicino contra parietem communem letamen reponere, potissimum si ad modicum tempus ibi sit; quia nec parieti nocere potest, nec grave incommodum vicino parere (1). Socio igitur hujusmodi facultas denegari non debet, nisi expresse, vel tacite ita convenerit (2); vel peculiaria rerum adjuncta aliud suadeant (3).

(1) *L. Fistulam* 19. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Hoc, quod* 25. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Si haeres* 12. *ff. comm. divid.* (10. 3.)

(3) *Puta, si prope parietem Ecclesiae forte reponeretur; ex quo ob foetorem longe abesse decet. Quo tamen casu damna alteri reficienda sunt.*

§. 1021.

Hisce accedit servitus cloacae mittendae (1), ex qua vicinus tenetur alienam cloacam in suo loco recipere, seu locum cavum praebere, per quem colluvies fluat (2); atque eo fine inducta est hujusmodi servitus, ut aedificia sordibus tergantur, ex quibus coelum pestilens, atque aedium ruina facile imminet (3).

(1) *L. Jus cloacae* 7. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

(2) *L.* 1. §. *Cloaca* 4. *ff. de cloacis* (43. 23.)

(3) *D. l.* 1. §. *Curavit* 2. *ff. de cloac.*

§. 1022.

Cum autem publice intersit, ut haec incommoda, quantum fieri potest, avertantur (1), idcirco praetor interdicto tuetur eum, qui est in quasi possessione, purgandi, et reficiendi clocas, etiamsi vi, et clam possideat (2). Amplius etiam leges vicino concedunt, ut in vicini aedibus ea omnia faciat, quae ad purgandas, et reficiendas cloacas necessaria sunt, dummodo aedium dominus indemnis servetur: et, quod rescissum, vel dirutum fuerit, restauretur (3).

(1) *D. l.* 1. §. 2. *ff. de cloac.*

(2) *D. l.* 1. §. *Quia autem* 7.

(3) *D. l.* 1. §. *Unde Favius* 12.

§. 1023.

Haec fere sunt praecipuae urbanarum servitutum species. Equidem et aliae sunt, vel privatorum voluntate constitui possunt. Sed ex regulis, quas hactenus exposuimus, fa-

cile explicari potest earum vis, et natura. Quaedam subjicimus de communi pariete, ut simul omnia complectamur, quae ad aedificia pertinent: maxime quia communio ipsa servitutis quandam imaginem habet. Quare etiam a jureconsultis in titulo de urbanis servitutibus de communi pariete pleraque referuntur. Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2.

APPENDIX.

De pariete communi.

Inst. lib. 2. tit. 3. *De servitutib. rustic., et urb. praed.*
Digest. lib. 8. tit. 2. *De servit. praed. urban.*

SUMMARIA.

Paries, in duorum praediorum confiniis positus, communis praesumitur. §. 1024.

Proprius reputatur paries, qui fuerit aedificatus unius impensis, tecta habeat in aream inclinita, fenestras, latrinas, caminos ultra medium parietem. §. 1025.

Si adsint dentes lateritii in pariete altiori domus colligato, et uniformi cum pariete contentioso: stillicidium, quod protendatur in aream vicini. §. 1026.

Communis praesumitur, cum adsunt tigna hinc inde immissa ultra medietatem; si nova tigna superaddita sint, fenestrae, camini, ostium, et similia. §. 1027.

Si hinc inde adsint signa proprietatis, communionis, et servitutis, potior est caussa illius, qui plura signa pro se habet. §. 1028.

In re communi neuter ex dominis quidquam facere potest altero invito. §. 1029.

Hinc non potest destrui, et paries reaedificari, nisi refectio necessaria sit: nec ejus forma immutari, aut deterior reddi. Cum refectio necessaria est, alter socius partem expensarum ferre debet. 1030.

Potest dilatari, ita tamen ut socius ad partis superadditae refectionem in posterum non teneatur. §. 1031.

Non potest alter socius aedificare in pariete communi. §. 1032.

Socio tamen permittuntur, altero invito, quae nullum, aut leve damnum afferunt. §. 1033.

Juxta parietem communem possunt haberi camera ex opere figlino, scalae, incrustationes, et picturae. §. 1034.

Licet quoque habere balneum, et puteum secus parietem communem. §. 1035.

Non tamen tubulos recipiendae aquae, vel fumo destinatos. §. 1036.

Furni et camini constructio permitti potest in pariete communi, si nullum, aut leve damnum immineat. §. 1037., *et* 1038.

Non licet aperire fenestras in muro communi. An tigna immitti possint? §. 1039.

Penus subterranea fieri nequit sub pariete communi, nisi nocitura non sit. §. 1040.

An liceat altius tollere parietem communem, vel supra, aut secus illum aedificare? §. 1041.

Potest socius aedificare in pariete communi pro diviso, qualis in dubio praesumitur, licet ad hoc non sit destinatus. §. 1042.

Consuetudine etiam facultas haec induci potest. §. 1043.

In re communi licet ea facere, ad quae destinata est. §. 1044.

Aedificium superimpositum commune fit utriusque socii, soluta ab altero expensarum parte. Scalae communio, quae necessaria sit, in hac specie concedi debet. §. 1045.

Qui habet murum proprium super pariete communi, potest illum pro arbitrio attollere. §. 1046.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2.

Sed non potest vicinus habens aedificium contra parietem alterius illud altius tollere, nisi aliud suadeat aequitas, et publica utilitas. §. 1047.

Cum uterque socius pariete ad certum usum destinato uti vult, invicem consentire debent; nec licet parietem elevare, qui huic oneri impar sit. §. 1048.

Non licet uti re communi ad alium usum, quam fuerit destinata; puta aedificare in area communi. §. 1049.

Si plures sint socii, omnium consensus exquiritur. §. 1050.

Non potest socius altero invito opus facere, quod sibi maxime prodest, si alteri noceat. §. 1051.

Paries in dubio non praesumitur destinatus, ut attollatur, vel aliud aedificium sustineat. Destinatio haec ex tignis hincinde positis, atque ex fundamentis, quae crassa, et profunda sint, erui potest. §. 1052.

Quae sint signa, ex quibus paries praesumitur destinatus, ne attollatur? §. 1053.

Probatio incumbit ei, qui asserit, murum destinatum fuisse ad elevationem. §. 1054.

Opus temere, et altero ignorante factum in muro communi destrui debet: alioquin damni tantum restauratio peti potest. §. 1055.

Cum alter ex sociis jure aedificat secus communem parietem, non tenetur relinquere spatium legale intermedium. §. 1056.

Super via vicinali potest aedificare, qui ab utraque parte parietem proprium habet, si damnum non inferatur vicinis, nisi quod superior aer intercludatur: alioquin non licet. §. 1057., *et* 1058.

In vestibulo, seu atrio communi eaedem regulae servantur, ac in communi pariete. §. 1059.

Atrium commune dividi nequit, nisi uterque dominus consentiat. §. 1060.

Solum ejus est, cujus est superficies. §. 1061.

Quo sensu dicat Paulus, servitutes praediorum alias in solo, alias in superficie consistere? §. 1062.

Solum, in quo sunt gradus, et sterquilinia, privatum praesumitur. Regulariter ad eum pertinet, cujus est stillicidium: medium ejus existimatur, cujus sunt extrema, nec communio praesumitur. §. 1063.

Protectum facere plerumque licet super communi solo. §. 1064.

§. 1024.

In primis animadvertendum est, parietem, qui in duorum praediorum confinio positus sit, communem praesumi; cum enim aedificia ejus sint, cujus est solum (1), atque murus intermedius in utriusque domini praedio constitutus communis judicetur, nisi aliud constet, ejusdem proprietas ad utrumque pertinere debet, quemadmodum arbor in confinio nata (2). Quod autem de pariete dicimus, idem ex rationis identitate judicium ferendum est de sepe, claustro, et similibus.

(1) §. *Ex diverso* 30. *instit. de rer. divis.* (2. 1.)

(2) *L. pen. ff. pro socio* (17. 2.), *l. Arbor* 19. *ff. comm. divid.* (10. 3.)

§. 1025.

Dixi, parietem intermedium in dubio praesumi communem utriusque domini; aliquando enim proprius est: imo et proprius alterius judicatur, si proprietatis, ita dicam, indicia adsint: puta quod fuerit aedificatus, et extructus impensis unius (1): si tecta habeat in aream alterius inclinata; fenestras, praesertim quae apertae fuerint tempore constructionis, tubos, latrinas interiores, caminos ultra medium parietem (2).

(1) *Argum.* §. *Cum in suo* 29., *et seq. instit. de rer. divis.* (2. 1.)

(2) *Haec enim in pariete communi regulariter non permittuntur, ut ex dicendis constabit. V.* §. 1010. *ad* 1011.

§. 1026.

Inst. l. 2. tit 3. ff. l. 8. tit. 2.

His addi possunt dentes lateritii relicti in pariete altiori domus, qui colligatus sit, et uniformis cum pariete, de quo contenditur, ex quo eruitur destinatio parietis ad majorem elevationem, adeoque ejusdem dominium: stillicidium impositum super eundem parietem, qui super eo quiescat, et protendatur pro parte in aream vicini (1).

(1) *Socius enim in re communi nihil potest imponere invito altero. Thes. dec.* 45. *num.* 15., *et seqq.*, *l. Sabinus* 28. *ff. communi divid.* (10. 3.)

§. 1027.

Ex indiciis, quae modo exposuimus, paries, licet intermedius, et alterum ab altero aedificio dividens, proprius alterius praesumitur. Sunt etiam conjecturae, et signa communionis, veluti si tigna in eo immissa sint hinc inde ultra dimidiam partem muri (1): potissimum si interdum nova tigna superaddita sint (2). Quod jure servitutis non semper licet (§. 999.). Si adsint fenestrae, camini intra medium parietem, ostium (3), cellae vinariae subtus eum ad utrumque pertinentes, aedificium cum eodem pariete connexum, tectum alterius super eodem inclinatum, et his similia (4).

(1) *Thes. dec.* 219. *num.* 1. *Quod si infra medium parietem sint tigna, jus potius servitutis, quam communionis inductum judicatur.*

(2) *Thes. ibid. num.* 2.

(3) *Thes. ibid. num.* 4.

(4) *Haec enim non permittuntur in re omnino aliena, et potius ad jus communionis referuntur, quam servitutis.*

§. 1028.

Hinc patet, triplicis generis signa distingui oportere, videlicet proprietatis, communionis, et servitutis. Praecipua expendimus proprietatis, vel communionis indicia: quae servitutem significare apta sunt, ex iis desumi debent, quae hactenus de servitutibus agentes diximus. Quod si hinc quidem adsint signa communionis, vel servitutis, inde vero proprietatis, illius potior erit caussa, qui plura pro se signa habet (1).

(1) *L. Cum de indebito* 25. *ff. de probat.* (22. 3.), *juncta l. Cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur.*

§. 1029.

Quod pertinet ad jus utriusque socii in muro communi, generalis regula traditur, neutrum ex dominis opus facere posse altero invito, itaut, quia par est utriusque jus, potior sit prohibentis conditio (1). Quae tamen regula suas habet exceptiones, quas infra post regulam explicabimus.

(1) *Sabinus in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem caussam esse prohibentis, constat. L. Sabinus* 28. *comm. divid.* (10. 3.)

§. 1030.

Ex regula sequitur non posse ab uno, altero invito, parietem destrui, et reaedificari (1): nisi tamen refectio necessaria appareat, puta si paries destinatus sit ad onera aedificiorum ferenda, nec ea amplius ferre possit (2). Quo sane casu alter tamquam bonus paterfamilias se gerere debet (3), nec potest ejusdem formam immutare (4), aut aliud quid facere, quo alteri noceat (5): et vicissim socius partem expensarum ferre tenetur, cum necessaria est refectio, itaut alioquin partem suam amittat (6): nisi forte socius, non rem communem gerens, sed sibi peculiariter acquisiturus aedificaverit (7).

(1) *Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum, et reficiendi jus non est; quia non solus dominus est. L. Parietem* 8. *ff. hoc tit.*

(2) *L. In parietis* 35. *cum duabus seqq. ff. de damno infecto* (39. 2.)

(3) *L. Nam, si non fuit* 37. *ff. eod. tit.*

(4) *Thes. dec.* 41. *num.* 9.

Inst. l. 2. (5) *L. Fistulam* 19. *ff. hoc tit.*
tit. 3. (6) *L. Cum duobus* 52. §. *Idem respondit* 10. *ff. pro socio* (17. 2.), *l. Si, ut pro-*
ff. l. 8. tit. 2. *ponis* 4. *cod. de aedif. privat.* (8. 10.), *Thes. d. dec.* 41. *num.* 7. ✠
(7) *L. Si is, contra quem* 5. *cod. eod tit. de aedif. privat.*, *Thes. d. dec.* 41. *num.* 3.

§. 1031.

Sed non prohibetur alter ex dominis parietem ex sui parte dilatare, dummodo ejus formam non immutet; quia utilitas alteri praestatur; socius tamen in posterum ad refectionem ultra statum praesentem non tenetur; non enim potest alter ex alterius voluntate praegravari (1).

(1) *Argum. l. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.*

§. 1032.

Ex regula superius tradita (§. 1029), sequitur etiam, non licere alteri ex sociis secus, super, vel subtus parietem communem aedificare; haec enim omnia rem communem afficiunt, in qua potior est prohibentis conditio (d. §. 1029). Sed regula haec, ut diximus, suas habet exceptiones: quas referre, et expendere opportunum est.

§. 1033.

In primis generalis exceptio in hac re passim statuitur, quae tam late patet, ut regulae loco esse possit: videlicet socio, in pariete communi, vel secus illum permitti ea omnia, quae deteriorem non efficiunt parietem; vel minimum afferunt damnum (1): non autem caetera, quae debiliorem ita redduut, ut ruinae periculum immineat (2).

(1) *L. Quidam Hiberus* 13., *l. Fistulam* 19. *ff. hoc tit.*, *l. Si servus* 27. §. *Si furnum* 10. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.), *Thes. dec.* 41. *num.* 18.

(2) *Thes. dec.* 115, *num.* 4. ✠

§. 1034.

Hinc traditur, juxta communem parietem haberi posse cameram ex figlino opere factam, dummodo per se subsistat, nec impediat ejus refectionem (1): tum etiam scalas, quae facile removeri possunt (2): incrustationes quoque, et picturae in muro communi permittuntur, ita tamen ut, si forte vicinus eum demoliatur, non praestet summum earum pretium, sed vulgare (3).

(1) *L. Fistulam* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 19. §. *ult.*

(3) *D. l. Quidam Hiberus* 13. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1035.

Amplius etiam socio permittitur, ut balneum habeat secundum communem parietem, quamvis ex eo humorem capiat paries, nisi ex balnei assiduo calore vicino nimium noceatur (1). Potiori ergo ratione licet aedificare puteum prope communem parietem, interjecto tamen aliquo spatio, si alioquin grave damnum vicino inferatur (2).

(1) *L. Fistulam* 19. *in princ. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l.* 19.

§. 1036.

Verum, cum ex tubulis, seu canalibus ad recipiendam aquam destinatis, et muro injunctis grave damnum parieti timeatur, idcirco eos non jure haberi Proculus existimabat (1). Atque idem respondit de tubulis fumo immittendo comparatis, quia flamma paries torreatur (2).

(1) *D. l.* 12. *in princ.*

(2) *D. l. Quidam Hiberus* 13. *ff. hoc tit.*

§. 1037.

Disputant interpretes, an possint secundum communem parietem construi furnus, fornax, caminus. Furni constructio secundum parietem communem Romanis legibus generatim permitti videtur, dummodo damni infecti caveatur, si damnum revera timeatur,

prout datum restaurari debet (1). Si tamen paries communis tenuis sit, et vix huic usui idoneus, vel alia sint locorum, aut aedium contiguarum adjuncta, ex quibus grave alteri damnum immineat, deneganda erit hujusmodi facultas (2).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2

(1) *L. Si servus* 27. §. *Si furnum* 10. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.)

(2) *L. Quidam Hiberus* 13., *l. Fistulam* 19. *ff. hoc tit. V. infra* §. 1040.

§. 1038.

Facilius, quam furni, permitti debet camini aedificatio secundum parietem communem (1), dummodo ultra medietatem parietis non protendatur; quia minus periculum imminet, quam ex furno, cujus acrior est flamma: non tamen fornax haberi potest, ex qua gravissimum damnum plerumque timendum est (2), neque etiam latrina (3), nisi inter socios ita convenerit.

(1) *D. l.* 27. §. 10. *ff. ad l. Aquil. Obstare quidem huic sententiae videtur Proculus in l. Quidam Hiberus* 13. *ff. hoc tit., ubi negat, tubulos fumo recipiendo juxta parietem communem haberi posse, quia per eos flamma paries torreatur. Verum de tubulis loquitur ad usum balnei, seu tepidarii, quem idem Proculus secus parietem communem haberi non posse respondit, si assiduus sit ejus usus, ex quorum assiduitate, vel calore grave damnum vicino imminet. Quaestio ergo haec, et aliae ejusdem generis ex superius constituta regula* (§. 1024) *dijudicari debent, eique in suis responsis sese accomodasse jureconsultos patet, si conferantur l.* 13., 19. *princ. ff. hoc tit., et l.* 27. §. 10. *ff. ad l. Aquil.*

(2) *D. l. Quidam Hiberus* 13. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l. Fistulam* 19. *ff. hoc tit.*

§. 1039.

Fenestras in muro communi aperiri non posse, neque aliud foramen, quo paries debilior fiat, unanimis est omnium sententia (1), nisi forte hinc nec rerum status mutetur, nec vicino noceatur (2). An autem tigna immittere liceat, res est ex parietis communis qualitate, atque alterius, quem tigna sustinere debent, dijudicanda (§. 1024.)

(1) *L. Eos, qui* 40. *ff. hoc tit., Thes. d. dec.* 41. *num.* 18.

(2) *L. Quidam Hiberus* 13. *ff. hoc. tit.*

§. 1040.

Hinc facile solvi potest quaestio, in qua disputatur, utrum possit, socio invito, sub muro communi fieri penus subterranea; deneganda enim plerumque haec facultas est (1), quia inde paries debilior fieri solet. Si tamen nihil nociturum sit hoc opus, permitti debet (2), aequitate suadente (3).

(1) *Quia non tantum superficies, sed et solum inferius commune est, adeoque locum habet regula in l. Sabinus* 28. *ff. commun, divid.* (10. 3.)

(2) *Thes. d. dec.* 41. *num.* 19. ✠

(3) *L. In summa* 2. §. *Item Varrus* 5. *ff. de aqua, et aqua pluv. arc.* (39. 3.)

§. 1041.

Acrior, quae interpretum animos magis torquet, et frequentior in praxi controversia est, utrum parietem communem altius tollere liceat, vel supra, aut secus illum aedificare. Jam diximus haec prohiberi inspecta generali regula (§. 1024.), quae tamen suas habet exceptiones: atque in primis, cum socio nullum, aut leve damnum infertur (§. 1025.), cujus exceptionis consectaria retulimus, ut liceat cameram secus parietem communem habere, scalas, picturas (§. 1026.): balneum quoque, et puteum (§. 1027.), furnum (§. 1029.), caminum (§. 1030.); non autem aliquando tubulos, seu canales aquae, vel fumo recipiendo destinatos (§. 1028.), nec fenestras aperire (§. 1031.), nec penum subterraneam sub communi pariete struere (§. 1032.), nec sordes in locum communem projicere (§. 1011.), nec sterquilinium secus illum continuo habere (§. 1027.); quia ex his plerumque grave damnum socio imminet. Superest in-

Inst. l. 2 tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. quirendum, utrum aliae sint superius traditae regulae, qua in pariete communi aedificari prohibetur (d. §. 1024.), exceptiones.

§. 1042.

In hac autem quaestione certum est. 1. Non prohiberi socium, quominus aedificet super muro communi, vel secus murum communem pro diviso, idest recta linea super medietate illius (1); quin intersit, utrum ad aedificandum destinatus sit, necne; quia socius in re propria aedificat: dummodo tamen paries ita latus sit, ut super sua parte possit aedificare, quin tangat partem socii. Communem autem pro diviso in dubio praesumendum esse, sentit post alios Thesaurus (2).

(1) *Thes. d. dec.* 41. *num.* 21.

(2) *D. dec.* 41. *num.* 21.

§. 1043.

Certum est. 2. Super muro communi aedificari posse, cum haec viget consuetudo in loco (1): quia consuetudinis eadem vis est ac legis (§. 389, et seqq. 1.), dummodo honesta sit, et ratione nitatur: haec autem nullam iniquitatis speciem habet.

(1) *Thes. d. dec.* 41. *num.* 22. ✠

§. 1044.

Certum est. 3. Socium etiam altero invito posse aedificare super pariete communi ad id destinato (1); quemadmodum generatim licet in quacumque alia re communi ea facere, ad quae destinata est, sive destinatio haec expresse conventa fuerit, sive tacite ex indiciis, et argumentis eruatur, sive consuetudine ita obtineat (2); socius enim elterum prohibere non potest, ne jure suo utatur. Onus autem hoc etiam in singularem rei successorem transit, utpote rei ipsi inhaerens (3).

(1) *Thes. dec.* 23. *num.* 5. ✠

(2) *L. Cum duobus* 52. §. *Item Mela scribit* 13. *ff. pro socio* (17. 2.), *l. Hoc, quod dictum* 25. §. 1. *ff. hoc tit., Thes. dec.* 41. *num.* 1. ✠

(3) *Thes. ibid. num.* 4.

§. 1045.

Neque in hac specie interest, quod damnum parieti inferatur; qui enim jure suo utitur, nemini facit injuriam (1). Exceptio est, si aemulationis caussa haec fiant (2). Sane aedificium parieti superimpositum commune fit, soluta ab altero socio expensarum parte, prout semper servatur (3): cum autem re concesa ea quoque permissa existimentur, sine quibus re uti non liceret, idcirco scalae quoque communio danda est, si alioquin nequeat haberi accessus ad hujusmodi aedificium (4).

(1) *L. Nullus* 55. *ff. de reg. jur.* (50. 17.), *Thes. d. dec.* 41. *num.* 2. *Si tamen grave damnum vicino immineat, quod per alterum impediri possit: puta si ex elevatione fiat, ut aliter cassitent stillicidia, cogi poterit ad canales construendos, suis sumptibus, ut eadem semper sit cassitatio stillicidii; atque ita utriusque bono consulitur.*

(2) *Thes. d. dec.* 33. *num* 5., *Fab. cod. de servitutib. lib* 3. *tit.* 24. *def.* 5., *l. Opus novum* 3. *ff. de oper. public.* (50. 10.)

(3) *Thes. d. dec.* 23. *num.* 5. *V. sup.* 1040.

(4) *Argum. l. Cui jurisdictio* 2. *ff. de jurisdict.* (2. 1.)

§. 1046.

Potiori ratione licet ei, qui jam habet murum proprium super pariete communi, superaedificare, et altius pro arbitrio tollere, dummodo gravior servitus socio non imponatur (1)

(1) *Cujus aedificium jure superius est, ejus est in infinito super suum aedificium imponere, dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent. L. Cujus* 24. *ff. hoc tit., Thes. dec.* 41. *num.* 5.

§. 1047.

Quaeri hic potest, utrum vicinus, aedificium habens contra parietem, qui proprius alterius est, non communis, possit altius tollere aedificium, et muro vicini uti. Generatim facultas haec deneganda videtur (1); tum quia parietem proprium secundum communem aedificare regulariter non licet (2); tum quia deterior, atque vicino gravior hinc redderetur servitutis conditio (3). Ex aequitate tamen, et publica suadente utilitate ad urbis ornatum concedi poterit, ut aedificet, si inde nullum detrimentum alteri afferatur (4). Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8 tit. 2.

(1) *L. ult. ff. fin. regund.* (10. 1.)

(2) *Non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicuti nec parietem quidem suum per parietem communem. L. Quidam Hiberus* 13. *in princ. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si cum meus* 14. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.)

(4) *Thes. dec.* 41. *num.* 6. ✠

§. 1048.

Quod diximus, socium altero invito posse uti re communi ad usum destinatum, exceptionem habet. 1. Cum uterque socius simul ea uti vult ad eundem usum, itaut se invicem impediant; in primis enim invicem consentire debent, alioquin res judicis arbitrio definienda est (1). 2. Si paries ad elevandum destinatus ob exiguitatem, aut vetustatem idoneus non sit oneri aedificii ferendo: et tunc prius debet murus communibus impensis refici, vel dilatari, ut aedificium sustinere possit (2).

(1) *Thes. d. dec.* 41. *num.* 8. ✠

(2) *L. Si, ut proponis*. 4, *cod de aedific. privat.* (8. 10.), *Thes. d. dec.* 41. *num.* 12. V. §. 1037.

§. 1049.

Diximus, socium altero invito in pariete communi ea omnia facere posse, ad quorum usum fuit destinatus (§. 1036.). Alia huic opposita, sed quae ex eadem consequitur, regula statui debet, socium invito socio uti non posse re communi ad usum, ad quem non fuit destinata (1). Quare tradit Pomponius, in area communi alterum ex sociis aedificare non posse, atque aedificantem jure prohiberi (2); ratio est, quod res communis, pro qua parte communis est, propria est utriusque (3): adeoque, quod in ea fit, partim in alieno fieri videtur. Igitur altero domino rei invito fieri non debet.

(1) *L. Sabinus* 28. *ff. comm. divid.* (10. 3.), *Thes. dec.* 41. *num.* 13.

(2) *L. Sed si inter* 27. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Pupillus* 239. §. *ult. ff. de verb. signif.*, (50 16.) *Thes. dec.* 41. *num.* 13.

§. 1050.

Omnes autem consentire debent, si plures sint socii, nec plurium consensus alteri renuenti nocet (1): quia, quod omnes tangit, ab omnibus probari debet (2), nisi aliud statutum sit singulari aliqua ratione, ut in creditoribus (3).

(1) *Argum. l. Haeredes* 25. §. *Si incerto* 17. *ff. famil. ercis.* (10. 2.), *Thes. d. dec.* 41. *num.* 20.

(2) *L. De unoquoque* 47. *ff. de re judic.* (42. 1.)

(3) *L. Juris gentium* 7. §. *ult. ff. de pactis* (2. 14.)

§. 1051.

Neque opus ab uno, altero invito, fieri potest, ea ratione, quod opus de novo faciendum velit esse commune quamvis facientis multum intersit, dum alteri socio nocet (1); quia eadem semper occurrit ratio, quod in re communi, utpotequae pro parte alterius est, invito domino nihil fieri licet (§. 1049.): nisi nullum alteri damnum, aut nonnisi leve inferatur, quo casu temere consensum suum denegat (2).

(1) *Thes. d. dec.* 41. *num.* 18. ✠

(2) *L. Quidam Hiberus* 13. *ff. hoc tit.*, *Thes. decis.* 41. *num.* 18.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2.

§. 1052.

Quibus autem indiciis cognosci possit, utrum paries ad elevandum destinatus sit, ut loquuntur pragmatici, an tantummodo ut unum ab alio aedificio dividat, non potest una certa regula generatim definiri. Constat quidem, in dubio non praesumi parietem destinatum, ut attollatur, vel aliud aedificium ferat (1); quia in dubio antiqua cujusque forma servari debet (2). Ex tignis hinc inde in eo pariete positis necessario non inferri hanc destinationem, putant aliqui, quemadmodum servitus tigni immittendi secum non fert servitutem altius tollendi; cum plerumque magis noceat aedificii elevatio, quae lumina obscuriora facit, quam tigni immissio. Aliud tamen placuit Senatui (3). Ex fundamentis etiam, quae crassa, et profunda sint, hujusmodi destinatio erui potest, tum ex dentibus lateritiis in vicino pariete relictis (4).

(1) *Thes. d. dec. 41. num. 24.*

(2) *L. An in totum* 3. *cod. de aedif. privat.* (8. 10.)

(3) *Thes. d. dec.* 41 *num.* 24. ✠

(4) *Argum. a contr. dec. 41. num. 24. penes Thes.*

§. 1053.

Contra ad elevandum non destinatus judicari debet ex eo, quod constructus appareat in confinio utriusque aedificii, ut alterum ab altero dividat: coronam habeat in superiori parte; tectum superimpositum: ad dorsum asini, ut loquuntur, constructus sit; vel tenuis, nec aedificio sustinendo idoneus (1).

(1) *Thes. d. dec. 41. num. 24.*

§. 1054.

Caeterum nemo dubitat, quin asserenti, non neganti, probandi onus incumbat (1); utpotequia contra asserentem militat praesumptio (§. praeced.); atque generalis regula qua traditur, in re communi nihil fieri posse ab uno ex sociis altero invito, itaut prohibentis conditio potior sit (§. 1021.)

(1) *Thes. d. dec. 41. num. 24. in fine.* ✠

§. 1055.

Utrum destrui debeat aedificium non jure factum, distinguit Papinianus: vel factum est altero sciente, et patiente, vel ignorante. Si alter socius opus fieri sciverit, et passus fuerit, petere quidem potest, ut damnum datum resarciatur, non autem, ut destruatur opus, cui, non contradicendo, quodammodo consensisse videtur, eatenus saltem, ut subsistere debeat. Si autem ignoraverit, jure petit, ut socius opus demoliatur (1): non tamen debet propria auctoritate aedificium evertere, sed judicis officium implorare: quia vicinus partim in suo aedificavit (2).

(1) *L. Sabinus* 28. *ff. comm. divid.* (10. 3.)

(2) *L. Quemadmodum* 29. §. 1. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.), *Thes. d. dec. 41. num. 17., et in addit. littera* B.

§. 1056.

Sed adhuc dubitari potest, utrum in iis casibus, in quibus alteri ex sociis licet altero invito aedificare secus communem parietem, relinquere teneatur spatium intermedium, quod leges generatim praescribunt (1). Probabilior est negantium sententia, quam idcirco amplexus est Senatus Pedemontanus (2); licet enim communis paries pro parte alienus sit, pro parte tamen etiam proprius est ejus, qui aedificat: adeoque iisdem legibus subjici non debet, quibus adstringitur, qui secus alienam domum aedem construit. Atque sententiam hanc satis aperte firmat Paulus, cum tradit, prope communem parietem cameram ex figlino opere fieri posse, dummodo per se subsistat, nec ejus refectionem impediat: atque ad eundem murum scalas haberi (3).

(1) *In l. ult. ff. fin. regund.* (10. 1.), *cujus haec sunt verba.* Si quis sepem ad alienum praedium fixerit, infoderitque, terminum ne excedito; si maceriam, pedem re-

linquito: si vero domum, pedes duos: si sepulcrum, aut scrobem foderit, quantum pro- Inst. l. 2.
funditatis habuerint, tantum spatii relinquito: si puteum, passus latitudinem: at vero tit. 3.
oleam, aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato: caeteros arbores, ad pedes quin- ff. l. 8.
que. *Distantia ergo pedis legalis a loco, ubi cadit stillicidium, sufficit, si tantummodo* tit. 2.
parietem quis velit aedificare: duorum vero pedum, si aliud aedificium extruendum sit. Dixi a loco, ubi cadit stillicidium, quod quidem tunc obtinet, cum solum, sub quo cadit stillicidium, proprium est vicini, secus cujus domum alter vult aedificare; si enim stillicidium cassitet jure servitutis, tunc distantiam legalem dimetimur a muro ipso. D. l. ult. ff. fin. regund.

(2) *Thes. dec.* 115. *num.* 3. ✠

(3) *L. Fistulam* 19. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1057.

Quaeri potest hac occasione, qua de pariete communi egimus, utrum supra viam vicinalem aedificare liceat illi, cujus ex utraque parte parietes proprii sunt. Distinguit scite Thesaurus, ut liceat fornicatum parietem construere, et aedificare, si nullum damnum vicinis ea via utentibus inferatur, nisi quod aer superior intercludatur (1); non enim vicinis aliud debetur, quam transitus per eandem viam; adeoque conqueri nequeunt quod lumina obscurentur (2): nec prohibere possunt, quod alteri prodest, ipsis vero parum, aut nihil nocet (§. 1025.)

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 89. *in fine* ✠, cujus aedificium jure superius est, *ait Paulus in l.* 24. *ff. hoc tit.*, ejus est in infinito supra suum aedificium imponere, dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent.

(2) *L. Cum eo* 9. *ff. hoc tit.*

§. 1058.

Quod si damnum in transitu vicinis inferatur, vel aliud grave incommodum, deneganda est hujusmodi facultas (1); tum quia servitutis conditio deterior reddi non potest (2); tum quia in re communi potior est prohibentis conditio (3): tum denique, quia vicinalis via aliquatenus utitur jure viarum publicarum (4), super quas nec pons, nec aliud quidquam fieri potest, ne ab eo quidem, qui ex utraque parte aedes possidet (5).

(1) *Thes. d. num. ult.* ✠

(2) *D. l. Cujus aedificium* 24. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Sabinus* 28. *ff. comm. divid.* (10. 3.)

(4) *L. Praetor ait* 2. §. *Viarum* 22. *ff. ne quid in loco publ.* (43. 8.)

(5) *D. l.* 2. §. *Scio tractatum* 33.

§. 1059.

Non conveniunt interpretes, utrum alter ex sociis invito altero possit opus facere in atrio, seu vestibulo communi: puta ostium, gradus, si forte aedificium altius, vel depressius sit atrio. Verum iisdem regulis, quas hactenus de pariete communi exposuimus, quaestio haec facile dirimitur: videlicet denegari debet facultas hujusmodi, si alteri socio grave damnum inde immineat (1): permitti autem, si vix alteri noceatur (§. 1025.)

(1) *L. Sabinus* 28. *ff. comm. divid.* (10. 3.)

§. 1060.

De atrio communi, ut obiter dicamus, sapienter constituerunt legislatores, ne a judice, vel arbitro dividi possit, nisi uterque dominus consentiat; hinc enim facile contingeret, ut praetium alterutrius aedificii imminueretur (1).

(1) *L. Arbor* 19. §. 1. *ff. eod. tit. comm. divid.*

§. 1061.

Ut omnia, quae in hac re scitu necessaria, vel utilia sunt, simul complectamur, quaedam subjicimus de solo, ut dignosci possit, publicumne, an privatum sit: tum an

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. proprium, an commune, et quae in eo permittantur. Hic autem generalis statuitur regula, solum ejus esse, cujus est superficies, et vicissim (1): itaut tradito solo, excepta superficie, hanc in accipientem transire respondeat Paulus, utpotequia solo cohaeret (2). Sicut autem aedificium solo cedit (3): ita solum aedificio superiore continetur, ejusque proprietas ad eum pertinet, qui aedificii dominus est (4).

(1) *L. ult. ff. de superficieb.* (43. 18.) , *Thes. quaest. for. lib.* 3. *qu.* 96. *num.* 1.

(2) *Sic et in tradendo, si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret. L. Obligationum fere* 44. §. 1. *ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7.)

(3) §. *Cum in suo* 29. *instit. de rer. divis.* (2. 1.)

(4) *L. Si fundum* 81. §. *Qui fundum* 3. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1062.

Neque sibi contrarius est Paulus, cum ait, servitutes praediorum alias in solo, alias in superficie consistere (1), quo videri posset jureconsultus innuere, solum a superficie sejungi; etenim, ut alibi explicavimus (§. 901.), Paulus iis verbis duas servitutum species, urbanarum, et rusticarum demonstrat videlicet urbanae sunt, quae aedificiis debentur (§. 889.) et in superficie consistunt: rusticae potius ad solum spectant. Saue nemo dubitat, quin possit, qui fundum distrahit, partem inferioris soli sibi reservare, quo penum subterraneam, vel cellam vinariam, aut aliud quid aedificet (2).

(1) *L. Servitutes* 3. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

(2) *L.* 1. §. 1. *ff. de superficieb.* (43. 18.) , *Thes. d. lib.* 3. *quaest.* 96. *in fine.*

§. 1063.

Si dubitetur, cujus sit solum, ad indicia confugiendum est. In primis privatum, non pubblicum, praesumitur illud, in quo sunt gradus, et sterquilinia; haec enim in loco publico haberi nequeunt (1). Deinde solum regulariter ad eum pertinere existimatur, cujus est stillicidium, quod supra solum cadit, quousque se extendit rigor stillicidii (2); quia nemo, nisi jure communionis, aut servitutis, stillicidia sua in alienum locum immittere potest (3). Quod si soli extrema ad aliquem pertinere fuerit demonstratum, medium ejusdem domini esse existimatur (4). Communio igitur soli non praesumitur, sed probanda est, puta ex stillicidii cassitatione, tignorum immissione, aliisque conjecturis, quas supra exposuimus (5).

(1) *L. Praetor ait* 2. §. *Proinde* 27. , §. *Idem ait* 29. , *et* §. *Deteriorem* 32. *ff. ne quid in loco publico.* (43. 8.)

(2) *L. ult.* §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) §. 1. *instit. hoc tit.* , *l. Urbanorum* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *Ex vulgata juris regula, quod media probatis extremis sint praesumenda; quippequia extremis declarantur. L. Arbor* 19. *ff. comm, divid.* (10. 3.)

(5) *V. supr.* §. 1027. *Proinde non praesumitur solum commune illius, qui nec stillicidium habet in eo cassitans, nec tigna ulla immissa.*

§. 1064.

Quod pertinet ad jus utriusque socii in solo communi, jam diximus, super illo aedificari non posse altero invito (§. 1024.), nec sub illo construi penum subterraneum, nisi socio nullum, aut leve damnum inde immineat (§. 1032.). Facilius permitti potest protecti constructio super communi solo (1), nisi grave damnum socio inferatur (§. 1025.)

(1) *Caepolla de servitutib. cap.* 32. , *argum. l. Si duo* 3. §. *Labeo* 6. *ff. uti possidetis.* (43. 17.)

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

CAPUT III.

De servitutibus praediorum rusticorum.

Inst. lib. 2. tit. 3. *De servitutibus praedior.*
Digest. lib. 8. tit. 3. *De servitutibus praedior. rusticor.*
Cod. lib. 3. tit. 34. *De servitutibus, et aqua.*

SUMMARIA.

Rusticae servitutes ad tres classes revocari possunt. §. 1065.
Referuntur servitutum species, quae in tribus hisce classibus continentur. §. 1066.

§. 1065.

Quemadmodum plures sunt urbanarum servitutum species, ita non una est rusticarum. Ad tres classes haec revocari possunt, quarum prima complectitur eas, quibus nanciscimur jus transeundi per alterius praedium, ut ad nostrum perveniamus; vel res quasdam ad illud ducamus. In altera continentur servitutes, quarum jure ex praedio alieno aliquid capere licet in utilitatem nostri praedii; vel earum rerum, quae ad usum ejus destinatae sunt. Tertia demum servitutes respicit, quae jus nobis tribuunt, ut praedium nostrum quibusdam rebus exoneretur.

§. 1066.

Ad priorem classem referuntur servitutes. 1. Itineris. 2. Actus. 3. Viae. 4. Aquaeductus. Ad alteram pertinent servitutes. 1. Aquae haustus. 2. Pecoris ad aquam appulsus. 3. Pecoris pascendi. 4. Calcis coquendae, arenae fodiendae, et similium. Postrema continet servitutes, de quibus meminit Ulpianus, fructus cogendi, et coactos habendi in villa alterius (1); terram, saxa jacendi, et posita habendi in alterius praedio (2), cloacam, vel sordes mittendi (3). Singulas harum servitutum species seorsim expendere praestat: quod tribus distinctis sectionibus perficiemus.

(1) *L. Item sic possunt* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 3. §. *eodem* 2.
(3) *L. Rusticorum* 2. *ff. hoc tit.*

SECTIO I.

De servitutibus itineris, actus, viae, et aquaeductus.

SUMMARIA.

Iter est jus eundi, ambulandi; non tamen jumentum, vel vehiculum agendi. Explicatur definitio §. 1067.
An qui servitute itineris fruitur, possit oblectationis caussa, per alienum fundum ambulare? §. 1068.
Servitus ambulandi directe, et principaliter concessa personalis est, non realis. §. 1069.
Si locus itineris definitus non sit, dominus praedii dominantis, eum pro arbitrio eligit, non tamen cum gravi alterius dispendio. §. 1070.
Semel electus itineris locus immutari non potest ab eo, cui debetur servitus: potest immutari arbitrio ejus, qui servitutem debet, dummodo deterius iter non fiat. §. 1071.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34. *Quae sit itineris latitudo?* §. 1072.

Actus est jus agendi jumentum, aut vehiculum: sufficit, et requiritur ad actum, ut jumentum duci possit. §. 1073.

Iter quoque competit ei, qui actum habet: nisi aliud convenerit, vel praescripserit testator. §. 1074.

Iter duplici modo considerari potest: vel tamquam specialis servitus: vel tamquam servitus accessoria actus §. 1075.

Priori ratione per se subsistit, posteriori necessario adhaeret actui; nec ab eo separari potest. §. 1076.

Paulus expresse asserit, iter competere ei, qui actum habet. §. 1077.

Nulla est revocatio legati facta a testatore, qui prius actum legaverat, deinde iter adimit: aliud ademptum est, aliud legatum. §. 1078.

Certa testatoris voluntas non tollitur posteriore, quae incerta sit. §. 1079.

Definitur servitus viae §. 1080.

A servitute viae separari nequit servitus itineris: via esse nequit, nisi jumentum, et vehiculum duci possit. §. 1081.

Plerumque servitutes itineris, actus, et viae libere constituuntur: aliquando tamen vicinus cogitur, ut eas cedat. §. 1082.

Legitimae caussae adesse possunt, cur jus constitutum de via necessaria ad sepulcrum, ad alios casus protrahatur. §. 1083.

In familiae erciscundae judicio potest judex servitutem imponere alteri fundo. §. 1084.

Legato usufructu fundi, ad quem aditus nullus pateat, tenetur haeres itineris servitutem emere, quam usufructuario praestet. §. 1085.

Sufficere tamen potest facultas vicino tributa, ut per fundum iter habeat, quoties praedii necessitas, vel utilitas ita expostulat. §. 1086.

Si via publica, per quam iter habebatur ad praedia, privati juris facta sit, adhuc per eam transitus patet iis, quibus servitus competebat. §. 1087.

Dominus fundi servientis tenetur, amovere omnia impedimenta, ex quibus iter fiat minus commodum, vel angustius. §. 1088.

Qui servitutem transitus debet, potest nocturno tempore januam claudere. §. 1089.

Servitutes odiosae sunt, atque ideo stricta fieri debet earum interpretatio. §. 1090.

In dubio potius itineris, quam actus, vel viae servitus constituta praesumitur. §. 1091.

Verba dimittere, permittere *transitum, servitutem designant, non communionem; quamvis dictum sit, januam, vel aream communem fieri transitus caussa.* §. 1092.

Servitutis ampliatio, ut de uno ad aliud praedium iri possit, generatim denegari debet, nisi aliud suadeat aequitas. §. 1093., *et* 1094.

Area communi ad transitum uti licet, etiam pro domibus postea comparatis, si nihil intermedium sit, nec grave damnum sociis inferatur. §. 1095.

Servitus itineris, vel viae transit in quemcumque successorem etiam singularem. §. 1096.

Vendito ab altero ex condivisoribus fundo, ad quem accessus tantum pateat per aliorum praedia, servitus tempore divisionis imposita transit in emptorem, quamvis hujus servitutis expressa mentio facta non sit. §. 1097., *et* 1098.

Idem jus servatur, etiamsi emptor vicinum habeat praedium, viae publicae contiguum, ad quam per fundum suum ire possit. §. 1099.

Venditor non tenetur emptori praestare servitutem in propriis fundis, vel redimere in alienis, si nulla adhuc servitus constituta sit: nisi ita nominatim promiserit. §. 1100.

In possessione transitus servatur, qui probat nec vi, nec clam, nec precario se possidere. §. 1101.

Servitus aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum. Servitus haec praevium requirit jus aquam hauriendi e flumine, rivo vel fonte. §. 1102.

Non licet haurire aquam e fluminibus, nisi habita facultate a Principe: neque e rivo, vel fonte privato, nisi ex consensu domini, atque eorum, qui jam utuntur aqua. §. 1103.

Regio jure quilibet potest cogere vicinum, ut aquaeductum praestet per suos agros: atque prohibentur bonorum possessores, per quae defluunt aquae, ne eas disperdant, vel impediant, quominus inferiorum beneficio fluant. §. 1104.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34.

Non licet propria auctoritate aquaeductum construere in fundo alieno; sed judex adiri debet. §. 1105.

Juris Regii beneficium tantummodo competit iis, qui aqua vere indigent, nec per alium locum ducere possunt. §. 1106.

Huic beneficio locus non est, cum grave imminet damnum possessoribus bonorum, per quae aquaeductus petitur. §. 1107.

Qui aquaeductum habet per fundum alienum, potest locum aquaeductus immutare, si fundi servientis nihil intersit. §. 1108.

In arbitrio ejus est, cui debetur servitus aquaeductus, per quamlibet fundi partem aquam ducere, itaut tamen fundo servienti noceat quanto minus fieri potest. §. 1109.

Qui aquae ducendae jus habet per alienum fundum, non potest eam concedere aliis; nec uti in alterius praedii utilitatem, nisi alteri nullum inferat damnum. §. 1110.

Aqua in meum fundum ingressa uti possum pro arbitrio, si nihil intersit vicini §. 1111.

Proponitur quaestio, an jus aquae ducendae per fundum alienum praescriptione acquiratur. §. 1112.

Dominus fundi inferioris cogere nequit superiorem, ut aquam in suo scaturientem, vel quae per fundum suum transit, in praedium inferius labi sinat, etiamsi per mille annos naturaliter ita fluxerit. §. 1113.

Dominus fundi superioris tollere potest opus, quo sublato, aqua naturaliter in fundum inferiorem delabatur, nisi gravissimum inferiori damnum immineat. §. 1114.

Vetustas, alteri jus non tribuit, nisi opus manufactum adjunctum habeat. §. 1115.

Servitus aquaeductus constituta existimatur, cum, opere manufacto in fundo superiori a domino inferioris, aqua in hunc delabitur, atque praescriptio intervenit. §. 1116.

Servitus aquaeductus plerumque inter discontinuas recensetur: adeoque praescriptio immemorialis desideratur, si titulus praesto non sit. §. 1117.

Explicantur responsa Imperatoris Antonini, et Ulpiani, qui innuere videntur, praescriptione longi temporis hujusmodi servitutem acquiri. §. 1118.

Si alio fine extructum fuerit opus in fundo superiori, cogi nequit superioris fundi dominus, ut aquam inferius delabi sinat. §. 1119.

Per opus manufactum in proprio fundo, ad aquam superioris recipiendam, non acquiritur ullum servitutis jus §. 1120.

Fundi superioris dominus non potest aquam divertere, cum convenit, ne divertatur, nisi sibi admodum prosit, quin inferiori noceat. §. 1121.

Jus aquae ducendae competit emptori, qui emit fundum, quod aqua indiget, et irrigari solebat, cum venditor aquae dominium habet. §. 1122.

Cum aqua superabundat, superior impedire non potest, quominus aqua in inferiorem delabatur. §. 1123.

Neque licet aquam divertere, cum lex municipalis illud prohibet. §. 1124.

Si plura sint inferiora praedia, quae aqua indigeant, potior est illius caussa, cujus gravior est necessitas, vel major utilitas. §. 1125.

Ex sitientium agrorum necessitate, vel ex aquae distinatione statuitur, quae aquae quantitas superiori, vel inferiori tribui debeat. §. 1126.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34.

Cum de possessione contenditur, praefertur, qui melius probat suam possessionem, nisi alter titulo munitus sit. Duplex titulus unico praevalet. §. 1127.

Si pares utrinque sint probationes, et scandala timeantur, potest Senatus reducere aquam controversam ad manus suas; et jubere, ut per oeconomum distribuatur. §. 1128.

Servanda est in hac re antiqua consuetudo: nec fieri debet nova aquarum divisio, quamvis forte congruentior fieri possit. §. 1129.

Servitus aquaeductus transit in singularem quoque successorem; fistulae etiam, et canales fundum sequuntur, si aqua forte amissa sit. §. 1130.

Si rivi aqua deficiat, servitus aquae ducendae interim suspenditur, ut renascente aqua reviviscat. Quid si nova aqua in canalem inducta fuerit? §. 1131.

Si flumen, ex quo ducitur aqua, alveum impetu mutaverit, qui aquam ducit, non potest uti alveo derelicto, quamvis ejus sit, qui servitutem debet. Quid si flumen paulatim recesserit? §. 1132.

Si flumine recedente fundus intermedius sit, aquaeductus servitus interim suspenditur. §. 1133.

Transitio ad servitutes rusticas secundi generis. §. 1134.

§. 1067.

Iter a Justiniano definitur, jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum (1). Qui ergo servitute itineris utitur, per alienum praedium ire potest non solum pedibus, sed equo, et lectica vehi; non autem jumentum, vel plaustrum ducere (2).

(1) *Princ. inst. hoc tit.*

(2) *Qui sella, aut lectica vehitur, ire, non agere, dicitur. Jumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. L. Qui sella 7. ff. hoc tit., l. Inter actum 12. ff. eod. tit.*

§. 1068.

Non consentiunt interpretes, quo sensu explicari debeant ea Justiniani verba, quibus jus ambulandi in servitute contineri tradit (1). Rectius sentire videntur, qui existimant, jus ambulandi non primario, et directe, sed secundario, et indirecte contineri in servitute itineris; qui enim iter habet, directe consequitur jus transeundi per fundum alienum, ut ad suum perveniat: cum autem, ut per se patet, non teneatur, quoties servitute utitur, praedii servientis dominum certiorem facere, utrum, in proprii praedii utilitatem iter faciat, an propriae oblectationis caussa, consequens est, in servitute itineris jus quoque ambulandi per consequentiam, et indirecte contineri. Atque hoc sensu vere dixit Pomponius, servitutem itineris retineri non tantum, cum servitute utitur ille, cui debetur, sed etiam mercenarius, hospes, colonus, fructuarius, medicus, quive ad visitandum dominum venit (2).

(1) *D. princ. instit. hoc tit.*

(2) *L. Usu retinetur 20. ff. quemadm. servit. amitt.* (8. 6.)

§. 1069.

Sane, si casus fingatur, quo jus ambulandi per se, et primario alteri concessum sit, servitus realis, seu praedialis constituta dici non poterit, sed personalis; utpotequae non in praedii, sed in personae utilitatem tota consistit. Atque hoc sensu vere dixit Paulus, servitutem imponi non posse, ut pomum decerpere liceat, spatiari, vel coenare in alieno (1): videlicet servitus haec realis non est, sed personalis (2).

(1) *L. Ut pomum 8. ff. de servitutib.* (8. 1.)

(2) *Hanc esse Pauli mentem ex eo constat, quod sub titulo posita sit, in quo agitur de realibus, non de personalibus servitutibus.*

§. 1070.

Inst. l. 2.

Quod pertinet ad locum, quo iter haberi debeat, de eo contrahentes inter se convenire debent. Si autem definitus non sit locus, in arbitrio ejus est, cui debetur servitus, quam malit fundi partem eligere, per quam iter faciat; quia singulae fundi partes, imo et glebae, ut ait Javolenus (1), servituti obnoxiae reputantur, adeoque electio ejus esse debet, qui jus servitutis indefinitum habet: ita tamen ut tamquam prudens, et honestus paterfamilias se gerat; neque enim ipsi permittitur, ut locum itineris habeat, ubi aedes sunt, vel res aliae, quae sine gravi servientis fundi dispendio everti nequeunt (2): haec enim conditio, quam ipsa aequitas suggerit, tacite, ex contrahentium, vel testatoris voluntate, adjecta intelligitur (3). Quod si inter se invicem non consentiant, arbitri, seu judicis officio res definitur (4).

tit. 3. ff. l. 8. tit 3. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Certo generi* 13. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 13. §. *ult. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 4.

(3) *L. Si cui simplicius* 9. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

(4) *D. l.* 13. §. *ult. ff. hoc. tit.*

§. 1071.

Caeterum, semel electo itineris loco, amplius variandi facultas non competit; utpotequia, electione peracta, caeterae fundi partes liberae fiunt: adeoque, nisi servientis fundi dominus consentiat, servituti iterum subjici non possunt (1); nisi forte hujus nihil intersit (2). Atque in hoc, ut obiter dicamus, melior est conditio illius, qui servitutem debet; ipsi enim leges, aequitate suggerente, permiserunt, ut alium itineris vel viae locum constituat si per eum aeque commode iri possit; quamvis forte convenerit, ne immutari posset: utpotequia ea tantum prohibita reputatur immutatio, qua iter deterius fiat, non autem melius, vel ejusdem conditionis (3).

(1) *D. l.* 13. §. 1. *ff. hoc tit., l. Si cui simplicius* 9. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

(2) *Argum. l. In summa* 2. §. *Item Varrus* 5. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.* (39. 3.)

(3) *L. Locum* 2. §. *Locum* 8. *ff. de relig., et sumpt. funer.* (11. 7.), *Fab. d. def.* 4. *cod. hoc tit.; quod et ad eum casum extendit laudatus auctor, quo dominus fundi dominantis per longum tempus probetur solitus ire, agere per alterius fundum.*

§. 1072.

Eadem fere, quae modo de itineris loco diximus, servari debent, cum de ejusdem latitudine quaestio est: videlicet, si haec mutua conventione fuerit determinata, servanda conventio est: alioquin judicis arbitrio itineris latitudo statui debet. Atque idem est de servitute actus (1), non autem viae; quia hujus latitudo a legibus, nisi aliter convenerit, determinata apparet (2), videlicet octo pedum in porrectum, et sexdecim in anfractum (3).

(1) *Latitudo actus, itinerisque ea est, quae demonstrata est: quod, si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. D. l. Certo generi* 13. §. *Latitudo* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *In via aliud juris est; nam, si dicta latitudo non est, legitima debetur. D. l.* 13. §. 2. *in sine ff. hoc tit.*

(3) *L. Viae latitudo* 8. *ff. hoc tit.*

§. 1073.

Actus est jus agendi jumentum, aut vehiculum (1): jumentum dicimus, aut vehiculum, ut significemus, ad actum non omnino requiri, ut vehiculo ducendo apta sit via; sed sufficere, ut jumentum duci possit. Quod si tam stricta sit via, ut ne jumentum quidem capiat, iter, non actus erit (2).

(1) *Princ. inst. hoc tit.*

(2) *L. Si tam angusti* 13. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 1074.

Servitus actus itineris servitutem secum trahit, ut liceat ad praedium ire, quin necesse sit jumentum, aut vehiculum ducere (1): cui enim conceditur, quod plus est, denegari non debet, quod est minus (2): nisi aliter convenerit, aut praescripserit testator (3).

(1) *Qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento. L. 1. ff. hoc tit., princ. instit. hoc tit., l. Qui usumfructum 58. ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(2) *L. Non debet 21. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Loci corpus 4. §. 1. ff. si servit. vindic.* (8. 5.)

§. 1075.

Neque huic sententiae adversatur Paulus, cum ait, testatorem, qui actu legato iter ademit, nihil adimere, quia numquam actus sine itinere esse potest (1); iter enim duplici modo considerari potest, vel tamquam specialis servitus, quae in dubio actui inesse intelligitur, etiamsi ab eo, testatoris, vel contrahentium voluntate, separari possit: vel tamquam facultas, qua liceat illi, cui actus debetur, simul ire, cum jumentum, aut vehiculum ducit per fundum servientem.

(1) *L. 1. ff. de adimen., vel transferen. legatis* (34. 4.)

§. 1076.

Priore sensu iter ab actu distingui potest, posteriore vero itineri necessario inhaeret; neque aliter jumentum, aut vehiculum potest duci: atque hoc sensu dixit Paulus, actum sine itinere nunquam esse: quemadmodum de usufructu, et usu agens, fructum sine usu esse non posse tradit (1): videlicet usus nomine intelligit naturalem facultatem fructuario competentem, qua fructus praedii colligat, quae sane ab usufructu separari nequit: non autem usum, qui sit specialis servitus, quem idem jureconsultus in eodem loco a fructu dividi posse fatetur (2).

(1) *L. Per servum 14. §. 1. ff. de usu, et habit.* (7. 8.)

(2) *D. l. 14. §. ult.*

§. 1077.

Sed perperam argumenta aliunde quaeruntur, ut innotescat, quae sit Pauli sententia: alibi enim idem jureconsultus apertissime docet, jus per fundum ambulandi competere illi, qui servitutem actus habet: ex quo infert, actum retineri ab eo, qui iter, et actum habet, etiamsi statuto tempore tantum ierit, actus vero servitute usus non sit (1).

(1) *Qui iter, et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non periisse actum, sed manere, Sabinus, Cassius, et Octavenus ajunt; nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet. L. Qui iter 2. ff. quemadmod. servit. amittant.* (8. 6.)

§. 1078.

Si autem quaeratur, cur Paulus dixerit, nihil adimere testatorem, qui iter adimit, postquam actum legaverat (1), respondemus, vere nihil ademptum esse in proposita specie; utpotequia testator aliud legavit, deinde aliud ademit: quare subsistere debet legatum, corruere ademptio, quae odiosa est, nec admittenda est, nisi expressis verbis testator mentem suam declaraverit (§. 203. D.).

(1) *D. l. 1. ff. de adimend., vel transferend. legat.* (34. 4.)

§. 1079.

Neque objiciatur, in dubio capiendam esse interpretationem favore haeredis, itaut testatorem iter ab actu separari voluisse dicamus, quatenus specialis servitus est actui necessario non inhaerens (§. 1076.); cum enim certa sit testatoris legantis voluntas, ab ea recessisse non praesumitur, nisi aeque certo de revocatione constet (d. §. 203. D.).

§. 1080.

Viae servitus amplior est itinere, et actu; cum et utrumque complectatur, adeoque; facultatem tribuat eundi, ambulandi, atque agendi jumentum, vel vehiculum (1)

atque insuper lapides, ligna trahendi, et rectam hastam ferendi, dummodo tamen fructus non laedantur: quae non permittuntur ei, qui iter, vel etiam actum habet (2). Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *Princ. instit. hoc tit., l. 1. ff. hoc tit.*

(2) *L. Qui sella 7. ff. hoc tit.*

§. 1081.

Sed hoc amplius est in via, quam in actu, quod a viae servitute separari nequeat servitus itineris (1), quaemadmodum separari potest ab actu (§. 1075.); via enim et iter, et actum vi sua complectitur (§. praeced.), adeoque, nisi utrumque adsit, via non est (2); actus autem iter quidem secum trahit, quia iter quid minus est, sed illud per se non continet (§. 1074.). Praeterea, licet actus adhuc sit, quamvis jumentum tantummodo duci possit, non vehiculum (§. 1073.), via tamen non consistit, nisi utrique ducendo apta sit (3); alioquin enim non via, sed actus erit, qui sub via est. Quae autem sit, vel esse debeat viae latitudo, supra expendimus (§. 1072.)

(1) *L. Si tam. augusti 13. ff. de servitutib.* (8. 1.)

(2) *D. l. 13.*

(3) *D. l. 13. in fine.*

§. 1082.

Caeterum, quamvis plerumque libera testatoris, vel contrahentium voluntate constituantur servitutes itineris, actus, et viae, casus tamen contingere possunt, in quibus vicinus reluctans eas concedere teneatur: videlicet cum necessariae omnino sunt, ut ad praedium eatur, culturae, et fructuum colligendorum caussa: ita enim suadet non tantum privata, sed et publica utilitas.

§. 1083.

Fatendum sane, in Romanis legibus exemplum tantummodo haberi viae, sine qua ad sepulcrum iri nequeat (1), in quo religionis caussa praecipuum favorem meretur. Verum, quia etiam in aliis casibus, etiamsi non eadem, maximi tamen momenti ratio intervenit, quae privatum, et publicum bonum annexum habet: tum jureconsulti, licet eorum expresse non meminerint, innuere tamen non obscure videntur, eandem regulam servari debere; idcirco unanimi interpretum, atque pragmaticorum sententia ad eos pariter casus protractum est, quod de via ad sepulcrum necessaria constitutum fuit.

(1) *L. Si quis sepulcrum 12. ff. de relig., et sumpt. funer.* (11. 7.)

§. 1084.

Ulpianus familiae erciscundae judicium explicans, aperte trsdit, judici licere, cum fundum inter cohaeredes dividit, servitutem imponere, quae necessaria videatur (1). Sane, si judex potest, etiam non requisitus, servitutem constituere, nulla ratio est, cur eadem potestas ipsi denegetur, petente eo, cujus interest, ut praedii fructus habeat.

(1) *Sed etiam, cum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat. L. Item Labeo 22. §. Sed etiam 3. ff. famil. erc isc.* (10. 2.)

§. 1085.

Idem Ulpianus speciem expendens, qua testator fundum pleno jure Titio legaverit, alterius vero usumfructum Sempronio reliquerit, cum ad Sempronii fundum iri non possit, nisi iter fiat per fundum Titii, in ea quidem sententia est, ut servitus itineris non videatur legata; attamen existimat, haeredi onus incumbere, quo servitutem hanc a Titio emat, ut Sempronio praestet (1). Profecto haeres cogi nequit, ut servitutem a Titio comparet in usufructuarii utilitatem, nisi alter eandem vendere teneatur: praeterquamquod inutile fieret ususfructus legatum contra testatoris mentem.

(1) *Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit, sed haeres cogitur redimere aditum, et praestare. L. Servum filii 44. §. ult. ff. de legat. 1.* (30. 1.)

Inst. l. 2. tit 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 1086.

Ita passim ratiocinantur interpretes: verum, quia generalis regula est, tum naturali, tum civili jure probata, unumquemque pro arbitrio re sua uti (1), itaut Ulpianus, de via ad sepulcrum necessaria agens, eandem non civili actione, sed extra ordinem peti posse dixerit; atque ex Antonini rescripto precario potius postulari, et concedi solere (2); idcirco recte sentire videntur, qui existimant, vicinum cogi non posse, ut itineris servitutem alterius favore constituat; sed tantummodo, ut transitum ei permittat per agrum suum, quoties alterius praedii necessitas, vel utilitas postulat: atque ideo vicinus non amplius ire possit, quam ut fundum suum colat, et fructus percipiat; neque jus ambulandi habeat (3); quod tamen in servitute itineris contineri supra ostendimus (§. 1068.)

(1) *L. In re mandata* 21. *cod. mandati* (4. 35.)

(2) *D. l. Si quis* 12. *ff. de relig., et sumpt. fun.* (11. 7.)

(3) *Argum. l. ult. ff. de servitutib. praed. urban.* (8. 2.) *; ubi legata habitatione, et horreo, non tamen horto, et coenaculo, quod erat prope domum, cujus habitatio relicta est, ad quod aditus semper habitus fuerat per eam domum, respondet Scaevola; servitutem quidem non esse, sed haeredi permitti debere, ut per domum transeat, ad coenaculum perventurus, dummodo non noceat legatario.*

§. 1087.

Sed quid dicendum, si via, per quam prius iter patebat ad praedia, quae publici juris erat, deinde, Principis auctoritate interveniente, privati juris fiat? licebit ne illis, qui prius hac via utebantur, nec aliam praesto habent, adhuc eadem uti? Certum est, rem publici juris ex Principis licentia, quae tamen perraro, et difficile conceditur (1), nec nisi ex magna caussa, in privatos transferri posse. Cum ergo ea semper sit Principis voluntas, ne hinc alteri damnum inferatur (2), vel commodum amittatur, quod prius ex publico percipiebat (3), consequens est, per hanc novam loci destinationem, itineris, aut viae jus non adimi, iis potissimum, quibus alius non supersit locus, per quem ad suos agros perveniant (4).

(1) *L. Diligenter* 9. *cod. de aquaeduct.* (11. 42.)

(2) *L. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.)

(3) *Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit. D. l.* 2. §. *Damnum.* 11.

(4) *D l.* 2. §. *Proinde* 12.

§. 1088.

Ex his constat, fundi servientis dominum non tantum viam, prout convenit, praestare debere; sed etiam tollere omnia impedimenta, ex quibus minus commodum, vel angustius iter fiat (1); ita quippe tacite inter se contrahentes pepigisse existimantur, ut ea omnia praestentur, servitute concessa, sine quibus inutile fieret servitutis jus, vel nimis incommodus ejus usus (2).

(1) *D. l. Praetor ait* 2. §. *Proinde* 12. *ff. ne quid in loco public.*

(2) *Argum. l. Servitutes* 20. §. 1. *ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)

§. 1089.

Hinc tamen non sequitur, denegandum esse ei, qui servitutem transitus debet, quominus januam nocturno tempore claudere possit, prout facere solet quisque diligens paterfamilias (1); conditio enim haec, utpote honesta, atque ex aequitate descendens, tacite subintelligitur (2). Qua autem hora liceat claudere januam, ex regionis consuetudine, aliisque adjunctis definiet prudens judex: puta mediam noctem in locis principalioribus; vel ad id fere tempus, quo receptui signum dari solet: in oppidis vero, aliisque inferioribus locis, ratione habita temporis, quo probi omnes sese in domos suas recipere consuescunt.

(1) *L. Iter* 14. *ff. de servit. praed. urban.*

(2) *L. Si cui simplicius* 9. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 1090.

Non inopportunum puto, hic quasdam formulas expendere, quae in concedenda transitus servitute aliquando usurpantur, utrum ex iis iter, an via constituta sit: vel etiam, quibus dubitari potest an jus tantum servitutis contineatur, an potius communionis, quod pinguius est, fuerit contrahentium voluntate inductum. Sed in primis generalis regula prae oculis habenda est, jure tum naturali, tum civili firmata, videlicet servitutes odiosas esse, adeoque strictam fieri debere interpretationem, cum, de alterius jure in propriis fundis imminuendo agitur (1); unaquaeque enim res libera praesumitur (2): quo fit, ut servitus dicatur servientis praedii naturalem libertatem minuere (§. 881.)

(1) *L. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(2) *L. Si in aedibus* 9. *cod. hoc tit.*

§. 1091.

Si ergo fingamus, alicui transitum concessum fuisse, quin expressum sit, utrum via, vel actus, an iter traderetur, iter tantummodo competere dicemus; potissimum si aliqua verba adjecta sint, quae iter potius demonstrent, quam actum, vel viam: veluti si dictum fuerit, transitum concedi par agrum, ita tamen ut quam minus fieri potest, servienti fundo noceatur: maxime si adhibito peritorum judicio constet, sine gravissimo servientis fundi damno viam, vel actum haberi non posse (1).

(1) *D. l.* 99. *ff. de verb. obligat.*, *l. Arianus ait* 47. *ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7.)

§. 1092.

Hinc etiam verba, *dimittere, permittere* transitum, servitutem designant, non communionem (1); communio enim secum trahit partis proprietatem, et dominium (2), quod per haec verba non demonstratur. Neque communionis jus tributum existimabitur, quamvis dictum sit, puta, ostium, vel aream communia fieri transitus caussa; verba enim, non prout exterius sonant, sed perpensa contrahentium mente intelligi debent; nec ad ea extendi, de quibus contrahentes verosimiliter non cogitarunt (3); ne alioquin temere uni faveamus cum alterius dispendio. Quare priora verba, quae communionem significare videntur, ex posterioribus interpretationem accipiunt, ut ad servitutis jus coerceantur, nisi communionis inducendae alia suppetant argumenta.

(1) *L. Unus* 34. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Pupillus* 239. *§. ult. ff. de. verb. signific.* (50. 16.), *l. Illud dubitationis* 46. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.).

(3) *L. Obligatione* 6. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1093.

Disputant hoc loco juris interpretes, utrum servitus transitus augeri possit, ita ut ille, cui transitus debetur in praedio alieno, ut ad unum ex suis fundis perveniat, per fundum servientem transire possit, ad aliud praedium profecturus. Si rigor juris attendatur, hujusmodi facultas denegari debet exemplo aquaeductus, quo nonnisi in utilitatem ejus fundi partis, pro qua servitus acquisita est, uti non licere, Pomponius ex Proculi sententia respondit (1), ut supra expendimus (§. 927.)

(1) *L. Ex meo* 24. *ff. hoc. tit.*

§. 1094.

Verum, aequitate inspecta, haec servitutis ampliatio permitti potest, si fundo servienti non noceat (§. 928.). Quare, cum hujusmodi quaestio proposita fuisset, distinxit Senatus inter iter, et actum, itaut itinere uti liceat, etiam pro alio praedio; non autem actu (1); ea innixus ratione, quod grave onus sit servitus actus, ex qua grave imminet damnum: ex itinere vero nullum, aut nonnisi levissimum dispendium timeri possit (2).

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 81. *num ult.* ✠

(2) *Thes. d. num. ult.*

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 1095.

Cum favorabilior sit communionis, quam servitutis caussa, dubitari non potest, quin area communi ad transitum uti liceat etiam pro domibus deinde comparatis, si nihil intermedium sit, quod iter impediat, nec grave damnum sociis afferatur; quia res communis pro parte propria cujusque est (1).

(1) *L. Illud* 46. *ff. de ritu nupt.* (23. 2.), *l. Pupillus* 239. *ff. de verb. signif.* (50. 16.)

§. 1096.

Ampliatio igitur itineris, vel viae regulariter denegatur, praeterquam in casibus, in quibus eam permitti aequitas suadet. Cavendum tamen est, ne inde inferatur, in ea persona consistere hujusmodi servitutem, cujus favore constituta fuit; cum enim reale jus sit, in quemcumque successorem, non tantum universalem, sed etiam singularem transferri debet una cum ipsa re, cui inhaeret, quamvis de ea specialis mentio facta non sit (1).

(1) *L. Cum fundo* 36., *l. Via* 23. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1097.

Atque hinc colligit Faber, vendito fundo ab uno ex condivisoribus, ad quem nonnisi per aliorum praedia accessus haberi poterat, servitutem itineris mutuo consensu impositam a sociis, cum divisionem facerent, in emptorem transferri, quamvis stipulatio videretur tantum concepta favore sociorum; nisi evidenter appareat, personae tantum prospicere voluisse socios, non autem praedio servitutem imponere: quod in dubio praesumi non debet; potissimum si aliter accedi nequeat ad praedium distractum (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 2. *in princ.*

§. 1098.

Neque interesse putat modo laudatus auctor, utrum fundus, cui servitus ex pacto condivisorum quaesita fuerat, venditus proponatur cum juribus eidem annexis, seu ingressibus, ut dici solet, et egressibus; an simpliciter, nulla facta eorum mentione; fundus enim ex tacita contrahentium voluntate venditus intelligitur, qualis erat apud venditorem (1); adeoque cum servitutibus, quamvis de iis nihil dictum sit (2).

(1) *L. Si partem* 19. §. 1. *ff. quemadmod. servit. amitt.* (8. 6.), *l. penult. ff. de evictionib.* (21. 2.) *V.* §. 968.

(2) *D. l. Cum fundo* 36. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 2. *num.* 4. *et seqq. in corp.*

§. 1099.

Neque interest, quod ille, qui a condivisore praedium emit, vicinum habeat fundum viae pubblicae contiguum, ad quam per fundum suum ire possit; tum quia emptor cogi nequit, ut deteriorem praedii sui conditionem efficiat, ex quo grave damnum sustineret, si proprium praedium distrahere vellet; tum quia contractus natura non immutatur ex eo, quod emptor praedium contiguum habeat (1). Emptor ergo servitutem vindicare poterit, etiamsi aliquo tempore solitus fuerit per praedium suum iter facere, ut ad alterum perveniret; ex eo enim, quod quis pro arbitrio facit, alteri jus non acquiritur, ut idem in posterum facere compellatur (2): maxime in servitutibus, quae per se odiosae sunt (§. 1090.)

(1) *Fab. d. def.* 2. *num.* 6. *et seqq. in corp.*

(2) *L. Si certis* 28. *cod. de pactis* (2. 3.), *Fab. d. def.* 2. *in fin.*

§. 1100.

Dixi cum servitutibus fundo debitis (§. 1098.); neque enim venditor praestare tenetur emptori servitutem in propriis fundis, vel in alienis redimere, si nulla adhuc servitus constituta sit; nisi ita nominatim promiserit (1); haec enim neque ad substantialia emptionis, et venditionis contractus pertinent, sine quibus subsistere nequeat, ut per se patet: neque ad naturalia, quae tacite ex mente contrahentium subintelligantur; sed accidentalia contractus sunt, quae pro arbitrio adjici, vel detrahi possunt.

(1) *In vendendo fundo quaedam, etiamsi non condicantur, praestanda sunt: veluti ne fundus evincatur, aut ususfructus ejus; quaedam ita demum, si dicta sint. Veluti viam, iter, actum, aquaeductum praestatum iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum, l. In vendendo 66. ff. de contrahenda empt. (18. 1.), d. l. penult. ff. de evictionib. (21. 2.), Fab. cod. hoc tit. lib. 3. tit. 24. d. def. 2. num. 4. in corpore.* Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 2. Co. l. 3. tit. 34.

§. 1101.

Caeterum, quae hactenus tradidimus, pertinent ad ipsum transitus jus. Si autem de mera possessione quaestio sit, in ea servatur, qui probat, nec vi, nec clam, nec precario ab altero possidere (1). Sed de hoc uberius infra suo loco agemus.

(1) *L. 1. ff. uti possidetis. (43. 17.) V.* §. 922.

§. 1102.

Postrema, quae ad hanc classem pertinet, est servitus aquaeductus, sive jus aquae ducendae per fundum alienum (1). Sed servitus haec aliud jus praevium desiderat, nimirum aquae e flumine, vel fonte derivandae, quam postea per alienos agros in suos ducat ille, cujus favore servitus aquaeductus constituta est (2).

(1) *Princ. instit. hoc tit., l. 1. ff. hoc tit.*

(2) *Servitutes enim non tantum aquae ducendae esse solent, verumetiam hauriendae; et sicut discretae sunt servitutes ductus aquae, et haustus aquae: ita interdicta separatim redduntur. L. unic. §. 1. ff. de fonte (44. 22.)*

§. 1103.

Superius demonstravimus, privatis nefas esse aquam e flumine potissimum navigabili, derivare (§. 48.); quamquam Romanis legibus cuique permittebatur, aquam ducere e fluminibus non navigabilibus, dummodo ea non esset in usu publico, nec Princeps speciatim duci prohibuisset: in fontibus autem publicis haec non licere, nisi impetrata a Principe facultate, quae concedi solebat (§. 49.): sed inspectis hodiernis moribus sine Principis venia aquam duci non posse e quovis flumine publico, vel torrente, nisi legitimus aliquis titulus praesto sit (§. 50.); e privatis fontibus, vel torrentibus nonnisi servitute constituta hauriendae aquae jus competit (1): atque non tantum obtineri debet facultas ab eo, qui rivi, vel fontis dominus est, sed etiam ab aliis, qui jam utuntur aqua, si in eorundem dispendium aqua minuatur (2).

(1) *D. l. 1. §. 1. ff. de fonte (43. 22.)*

(2) *L. In concedendo 8. ff. de aqua, et aqua pluv. arcend.* (39. 3.)

§. 1104.

Dixi, jus aquae ducendae per fundum alienum non competere, nisi constituta servitute (§. 1102.): quod quidem certissimum est, si Romanas leges attendamus. Sed jure nostro, publicae utilitatis caussa, statutum est, quemadmodum supra animadvertimus (§. 73.), ut ille, qui aqua indiget ad irriganda sua praedia, vel ad alium quemcumque usum, vicinum cogere possit, ut aquaeductum praestet per suos agros, justo tamen pretio cum octantis augumento, et damnorum refectione; dummodo vere indigeat aqua, nec aliter ea frui possit; neque fundorum dominis nimis incommodum sit, atque ita fluant aquae, ne usus earundem possessoribus bonorum intercipiatur (d. §. 73.): atque, eadem publica utilitate suadente, vetitum est bonorum possessoribus, per quae defluunt aquae, ne easdem disperdant, vel impediant, quominus inferiorum beneficio fluant (d. §. 73.). Sed haec aliquanto fusius tum ex Romano, tum ex patrio jure sunt explicanda.

§. 1105.

Illis ergo, qui jus habent aquae hauriendae, seu derivandae e flumine, fonte, vel rivo, ut eam ad sua praedia ducant, facultate opus est a fundi dominis praestita, per quorum agros duci debet, vel praescriptione quaesita (1); itaut alioquin ex rescripto Imperatoris Severi responderit Ulpianus, licere ei, per cujus domum trajectus erat

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

aquaeductus citra servitutem, eundem jure suo interdicere (2). Jure autem, quo utimur, non quidem licet in alienis fundis propria auctoritate aquaeductum construere, sed judex adeundus est, qui singulis adjunctis pensatis definiat, utrum legis municipalis beneficio locus sit, necne; utpotequod non indistincte conceditur, sed sub quibusdam conditionibus (§. praeced.). Sane, si constet, opus ad aquam ducendam jure factum fuisse, quamvis propria auctoritate, in pristinum restitui non debet; inanes enim circuitus vitandi sunt (3).

(1) *Nam servitus haec praescriptione etiam comparatur* (§. 910.). *Si ergo quis fossam in alterius praedio fecerit pro faciliore aquae derivatione, acquiret jus ducendae aquae, seu quasi possessionem hujus juris. L. Labeo ait* 19. *ff. de aqua, et aquae pluv. arc.* (39. 3.)

(2) *L. Quemadmodum* 29. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(3) *Nec proprie dicitur attentare, qui jure suo utitur. L. Nullus* 55. *de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1106.

In primis jus Regium requirit, ut aqua vere indigeat, qui ipsius beneficium implorat, nec per alium locum eam ducere possit (1): atque conditiones istae ex aequitate praescribuntur; quae non patitur, ut alteri grave onus imponatur in alterius utilitatem, nisi cogat necessitas; alioquin enim firma esse debet juris regula, qua traditur, unumquemque re sua pro arbitrio uti (2).

(1) *Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 19. §. 7.

(2) *L. In re mandata* 21. *cod. mandati* (4. 35.)

§. 1107.

Praeterea nec huic beneficio locus fit, cum grave damnum imminet possessoribus bonorum, per quae aquaeductus petitur (1). Si ergo per aream, vel hortum vicini transitus postuletur, quia ex renovationibus, et purgationibus aquaeductus graves inferrentur molestiae, imo et grave damnum imminere potest, denegari omnino debet facultas haec; utpote contra Principis mentem, qui non praesumitur, ita alicujus utilitati prospicere, ut alter in gravis jacturae discrimen adducatur (2).

(1) *Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 19. §. 6.

(2) *L. Nec avus* 4. *cod. de emancip. liber.* (8. 49.), *l. Praetor ait* 2. §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco publico* (43. 8.)

§. 1108.

Servitute aquaeductus constituta, vel conventione, vel judicis decreto ex legis municipalis praescripto, si definitus fuerit locus, per quem aqua transeat, nihil amplius quaerendum est; neque vicinus, qui aqua utitur, potest pro arbitrio locum aquaeductus immutare (1): praeterquam si fundi servientis nihil intersit, per quamlibet fundi partem aqua ducatur; nec aliquod opus in eo fieri debeat, quod alteri noceat (2).

(1) *Argum. l. Servitutes* 4. §. 1. *ff. de servitutib.* (8. 1.), *l. Non modus* 12. *cod. hoc. tit.*

(2) *Argum. l. in summa* 2. §. *Item Varrus* 5. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.* (39. 3.)

§. 1109.

Quod si locus nec a contrahentibus, nec a judice definitus fuerit, in arbitrio quidem ejus, cui vicini fundus servit, locus aquae ducendae est; eo tamen uti debet, ut, quam minus fieri potest, vicino servientis fundi domino, noceatur, atque ita propriae utilitati consulere, ne (1) tamen duriorem, quam par est, conditionem efficiat debitoris, cujus caussa praecipuo favore digna esse existimatur (2).

(1) *L. Si cui Simplicius* 9. *ff. de servitut.* (8. 1.), *Reg. Const. d. lib.* 5. *tit.* 19. §. 7.

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34.

§. 1110.

Huic affinis est altera quaestio, utrum ille, qui jus habet ducendae aquae per fundum alienum, possit eam concedere aliis, vel saltem uti in utilitatem alterius praedii, pro quo non fuit ab initio constituta. Negantium sententiam amplexi summus (§. 927,): nisi inde vicino, qui servitutem debet, nullum inferatur damnum, quo casu ex aequitate, quae hic maxime spectatur (1), hujusmodi ampliatio concedenda est (§. 928.)

(1) *L. In summa* 2. §. *Item Varrus* 5. *ff. de aqu., et aquae pluv. arc.* (39. 3.)

§. 1111.

Neque obstat, quod dici solet, aquam in meum fundum ingressam, meam fieri (1); itaut ea pro arbitrio uti possim; haec enim juris regula iis tantum casibus aptari potest, in quibus vicini, per cujus fundos aqua ducitur, nihil interest (d. §. 928.), ut apertissime eruitur ex Labeonis verbis (2); alioquin enim ipsa naturalis ratio demonstrat, modum in servitute praefinitum nec immutari, nec augeri posse in odium debitoris, neque servientis fundi deteriorem conditionem effici (§. 927.)

(1) *Thes. dec.* 145. *num.* 2., *et probatur ex l.* 1. §. *Illud Labeo* 16. *ff. de aqua quotid., et aest.* (43. 20.)

(2) *In d. l.* 1. §. 16. *in fine.*

§. 1112.

Gravior est difficultas, utrum jus aquae ducendae per fundum alienum praescriptione aquiratur, seu ex eo, quod per longum temporis spatium, vicino sciente, nec contradicente, ducta fuerit. Hic autem distinctione opus est; vel enim naturali cursu aqua e superiori fundo in meum defluit, aut per alienum fundum transit, in meum perventura; vel opere manufacto in fundo alieno.

§. 1113.

Consentiunt omnes, nullum jus quaeri vicino inferioris praedii, quo dominum superioris cogat, ut aquam in suo scaturientem, vel quae per fundum suum transit, in praedium inferius labi sinat, etiamsi per mille annos ita naturali cursu fluxerit (1); tum quia, juxta vulgatum axioma, nulla currit praescriptio in illis, quae merae facultatis sunt (§. 923.); tum quia naturalis iste aquae decursus potius firmat naturalem servitutem, quam agri inferiores pati debent, ut aquam e superioribus labentem recipiant (2). Nullum ergo servitutis jus domino inferioris praedii quaesitum dici potest.

(1) *Thes. dec.* 245. *num.* 1. ✠

(2) *Semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant. L.* 1. §. *pen. ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.* (39. 3.)

§. 1114.

Atque hinc docet Ulpianus, etiam licere domino fundi superioris opus tollere, quo sublato, aqua naturaliter ad inferiorem fundum perveniat, eique noceat, nisi ex opere sublato fiat vehementior aqua, vel magno impetu erumpat, quo gravissimum immineat inferiori agro dispendium (1); tunc enim ex aequitate permitti non debet.

(1) *D. l.* 1. §. *pen. ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.*

§. 1115.

Neque Ulpiano (§. 1113.) adversatur Pomponius ajens, ductum aquae, cujus memoriam origo non habet, constituti, seu tituli loco haberi (1), aut Scaevola vel Paulus, cum tradunt, tuendos esse eos ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas dat, licet jus non probetur (2); cum vetustas, minuendarum litium caussa, pro lege habeatur (3); ut enim eorum responsa a generalibus juris regulis non dissentiant explicari debent de vetustate, quae simul opus manufactum annexum habeat (4), quo casu fatentur omnes praescriptionem vires suas exerere (§. 924.)

(1) *L. Hoc jure* 3. §. *Ductus aquae* 4. *ff. de aqua quotid., et aestiv.* (43. 20.)

(2) *L. ult. ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.*

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

(3) *L. In summa* 3. *ff. eod. tit.*

(4) *Thes. d. dec.* 245. *num.* 4., *et littera* A *in addit.* ✠

§. 1116.

Plures tamen sunt traditae superioris regulae exceptiones: atque in primis, ut modo innuimus, servitus aquaeductus constituta reputatur, cum opere manufacto in fundo superiori ab eo, qui inferioris dominus est, aqua in inferiorem delabitur; si superior passus sit opus per tantum temporis spatium, quo praescriptio inducitur (§. 924.); in hac enim specie satis constat de animo servitutis acquirendae; adeoque vetustate, seu longissimi temporis spatio, dici debet acquisita servitus (1). Longissimi dixi temporis spatio; hujus enim temporis praescriptio sufficit, si continuo aqua ducatur (§. 912.): immemorialis autem requiritur, cum discontinua est servitus aquaeductus (2).

(1) *D. l. Hoc jure* 3. §. *Ductus aquae* 4. *ff. de aqua quot., et aest.* (43. 20), *d. l. In summa* 3., *d. l. ult. ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.* (39. 3.)

(2) *D. l.* 3. §. 4. *de aqua quotid., et aestiv.*

§. 1117.

Ergo longissimi temporis praescriptio sufficit, si continuo aqua ducatur, sed hoc non ita frequenter contingit; plerumque enim aquae ducendae continuus non est usus, maxime si aquaeductus ad irriganda praedia inserviat. Quare vulgo servitus haec inter discontinuas, ut ajunt, recensetur; in quibus, nisi adsit titulus, necessaria est praescriptio, quae hominum memoriam excedat (1). Possessio autem haec continuata esse debet, et uniformis per totum tempus a lege definitum, neque in judicio, aut extra judicium contradictione interrupta. Praeterea probandum est, jure servitutis aquam ductam fuisse; in dubio enim precarii, vel familiaritatis jure fieri praesumitur, quod quis in re aliena facit. Si autem testibus praescriptio hujusmodi probetur, deponere debent de consuetudine utendi aqua certis diebus, et horis (2).

(1) *D. l. Hoc jure* 3. §. 4. *ff. de aqua quot., et aest., d. l.* 3., *et ult. ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.*

(2) *Haec enim omnia in quacumque praescriptione proportione habita desiderantur. V. supra* §. 912., *et seqq.*

§. 1118.

Neque contrariam sententiam adstruit Imperator Antonius rescribens, servitutem aquae ducendae, exemplo rerum immobilium, quaesitam ab eo fuisse, qui aquam per possessionem alterius eo sciente duxit (1): aut Ulpianus, cum ait, utilem aquae ducendae actionem ei competere, qui diuturnum pro se usum habet, et longam possessionem (2); apte enim uterque explicatur de aquaeductu, qui continuam caussam habeat (§. 912.); vel de iis casibus, in quibus, adest titulus (§. 911.): tum etiam dici potest, verba illa, possessionis, diuturni usus pro subjecta materia explicanda esse, itaut longius, vel brevius tempus significent, ratione habita rerum, quibus accommodantur.

(1) *Si aquam per possessionem Martialis, eo sciente, duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. L. Si aquam* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vindicet.* (8. 5.)

§. 1119.

Dixi, si opus factum fuerit in superiore praedio, ut aqua in fundum inferiorem delabatur; si enim alio fine extructum opus fuerit, puta ut aquae impetus coerceretur, praescriptione quidem haberi poterit jus, aggerem in fundo superiori faciendi, ne graviore impetu aqua ruat; non autem cogendi vicinum, ut aquam deflui sinat (1); non enim amplius praescribitur, quam possessum est (§. 863.)

(1) *D. l.* 1. §. *ult. ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.*

§. 1120. Inst. l. 2.

Neque etiam vicino, fundum inferiorem possidenti, favere potest ad jus hoc, de tit. 3. quo disputamus, praescriptione acquirendum, quod opus fecerit in fundo suo, quo ff. l. 8. tit. 3. aquam superioris recipiat: hinc enim potius firmatur naturalis servitus, qua inferiora Cod. l. 3. praedia aquam defluentem excipiunt (1), quae plerumque gravis est, aliquando tamen tit. 34. utilis est ob terrae pinguedinem, quae ad inferius praedium decurrit (2).

(1) *D. l. 1. §. pen. ff. de aqua et aqu. pluv. arc.*

(2) *D. l. 1. §. ult.*

§. 1121.

Altera exceptio est, cum ita convenit, ne aquae divertantur (1): quod pactum servandum est; nisi forte contingat, ut aquarum diversio fundi superioris domino admodum profutura sit, parum autem, vel vix nocitura inferiori; hoc enim casu ex aequitate diversio permittitur (2).

(1) *§. ult. instit. hoc tit., Thes. dec.* 245. *num.* 6. ✠

(2) *L.* 1. *§. Iidem ajunt* 11., *l. In summa* 2. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.* (39. 3.), *l.* 1. *§. Sunt, qui putent* 6., *et sequ. ff. ne quid in flum. public* (43. 13.)

§. 1122.

Huic affinis est altera exceptio, quae non nititur expressa conventione, sed tacita; cum quis praedium, quod aqua indiget, et a venditore irrigari solebat, cum juribus eidem annexis ab eo emit, qui aquae dominium habet; cum enim emptor tacite cum venditore convenisse videatur, ut ipse fundum habeat in eodem statu, quo a venditore tenebatur (1); ut supra dicebamus (§. 968.), aquae ducendae jus emptori concedi debet; adeoque prohiberi venditor, ne aquam divertat, vel totam pro suis agris retineat, sed ejus partem emptori praestet. Atque idem viceversa pro venditore judicium ferri debet (§. 969.)

(1) *L. Si partem* 19. *§.* 1. *ff. quemadm. servit. amittant.* (8. 6.), *l. Quod ad servitutes* 75. *ff. de evictionib.* (21. 2.)

§. 1123.

Tertia exceptio locum habere traditur, cum aqua superabundat, itaut superior ea non indigeat, inferiori autem profutura sit; tunc enim aequitas, quae, ut saepius diximus, potissimum inspicitur in hoc argumento, quod ad publicam utilitatem maxime confert, suadet ut etiam citra servitutem, superior aquam, quae in suo fundo nascitur, vel per eum transit, in dispendium inferioris non disperdat, vel alio divertat (1).

(1) *Argum. d. l.* 1. *§.* 11., *l.* 2. *§.* 5. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arc.* (39. 3.)

§. 1124.

Quarta demum, et postrema exceptio tunc obtinet, cum lex municipalis aliter cavet: quemadmodum Regio jure apud nos constitutum est, ut illi, qui beneficio aquarum fruuntur ad irriganda propria praedia, postquam usi fuerint, eas sponte delabi sinant beneficio inferiorum: atque prohibentur, ne aquas in vias ducant, aut aliter disperdant, poena indicta vigintiquinque aureorum, praescriptis insuper quibusdam cautelis, ut facilius hujusce legis executio obtineatur (1).

(1) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 7. *§.* 5.

§. 1125.

Sed quis praeferri debet, si plura sint inferiora praedia quae aqua indigeant, et plures postulent, ut per alterius fundum aquaeductus concedatur? In hac re generalis regula passim statuitur, potiorem esse illius caussam, cujus gravior est necessitas (1), et magis interest. Necessitas autem, et utilitas ex praediorum qualitate dignoscitur; tum etiam ex eorundem quantitate, et usu, cui inservire debet aqua, et similibus, quae prudens judex attente perpendere debet.

(1) *Argum. d. l.* 1. *§. Sunt, qui putent* 6., *et §. seq. ff. ne quid in flum. publ.* (43. 13.)

§. 1126.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

Hinc facile solvi potest altera quaestio, quae hic instituitur, cum de servitute aquae e fundo alieno derivandae constat, atque dubitatur de quantitate aquae, quam superior pro se retinere possit, altera dominanti fundo reservata: videlicet ex sitientium agrorum necessitate res dijudicari debet, vel ex aquae destinatione (1). Quod si aqua communis sit pro diviso, ut quandoque in fluminibus contingit, unusquisque ex sociis potest ea uti ad limitem necessitatis (2); sane nemo dubitat, quin praesumptio sit ejus favore, in cujus fundo nascitur aqua, si de praelatione quaestio sit (3).

(1) *Argum. d. l.* 1. §. 6., *et* 7. *ff. ne quid in flum. public.*, *l. Ergo* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *V. quae diximus supra de pariete communi pro diviso.* §. 1042., *et seqq.*

(3) *L. Praeses provinciae* 6. *cod. hoc tit.*, *Reg. constit. lib.* 6. *tit.* 7. §. 5.

§. 1127.

Si de possessione utendi aqua controversia moveatur, secundum generales juris regulas quaestio definienda est: videlicet praefertur, qui melius probat suam possessionem (§. 865.); nisi alter titulo munitus sit, maxime si hic antiquiorem suam possessionem demonstret (1); origo enim jurium prae caeteris inspici debet (2): utroque vero titulum proferente vincit, qui duplicem habet, vel antiquiorem (3).

(1) *Dec. Greg. Cap. Licet caussam* 9. *extra de probationib.* (2. 19.)

(2) *L.* 1. *in fine cod. de impon. lucrativ. descript.* (10. 35.), *l. Qui possessionem* 17. *ff. de vi, et vi armata* (43. 16.)

(3) *Post. de manutent. observat.* 34. *num.* 112.

§. 1128.

Quod si neuter possessionem probet, vel aequalis ponderis argumenta ab utraque parte allegentur, potest Senatus, maxime si scandala, et dissidia timeantur, reducere ad suas manus, ut ajunt, aquam controversam, atque oeconomum designare, qui eam utrique parti distribuat, arbitrio boni viri (1); vel per partes, vel per tempora, prout convenientius videbitur (2).

(1) *Thes dec.* 206. *num.* 6.

(2) *L. Communi dividundo* 7. §. *Cum de usufructu* 10. *ff. commun. divid.* (10. 3.)

§. 1129.

Si de possessione, cjusque modo constet, antiqua consuetudo retineri debet, nec fieri nova aquarum divisio, quamvis forte congruentior fieri posset; nisi consentiant omnes, de quorum re agitur; ut enim saepius diximus, servitutis modus, contrahentium placito definitus, servandus est (1).

(r) *L. Servitutes* 4. §. 1. *ff. de servitut.* (8. 1.)

§. 1130.

Caeterum aquaeductus servitus, non secus ac itineris, vel viae (§. 1096.), transit in singularem fundi successorem, quamvis de aquis specialis mentio facta non fuerit; si modo aqua illa ad fundi venditi irrigationem destinata erat (1). Immo, etiamsi aqua forte amissa sit, fistulas tamen, et canales fundum sequi tradit Ulpianus (2); quia haec esse judicatur emptoris voluntas, ut cum re vendita ea omnia comparet, quae ad ipsam quoquo modo pertinent, vel accedunt (3).

(1) *L. Si aquaeductus* 47. *ff. de contrahend. empt.* (18. 1.)

(2) *L. Et quamquam* 49. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Si venditor* 38. *ff. de actionib. empti* (19. 1.)

§. 1131.

Si rivi, ex quo ducitur, aqua deficiat, non ideo in perpetuum servitus aquaeductus extinguitur; sed interim suspenditur ejus usus, atque renascente aqua reviviscit, quamvis nonnisi post longissimum temporis spatium, quo compleri solet praescriptio,

aqua renascatur (1); aequitas enim non patitur, ut alter, cui nulla imputari potest culpa, aut negligentia, jure suo privetur (2). Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8 tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Et Atilicinus* 35. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 35. *ff. hoc tit.*

§. 1132.

Sed aliud profecto dicendum est, si in canalem, vel alveum, ex quo aqua trahebatur, non vetus, sed nova inducatur aqua (1): vel si fingamus flumen, ex quo aqua ducitur, impetu recessisse, et alveum mutasse; neque enim ille, cui debetur servitus, uti potest alveo derelicto, quo aquam ducat; quamvis proprius fiat ejus, qui servitutem aquaeductus praestat; quia cum locus hic prius a flumine occupatus, postea derelictus, servitutem ab initio non deberet, ex alvei repentina mutatione novum jus dominanti praedio non accrescit (2): secus futurum, si flumen paullatim, et per alluvionem deseruit alveum, vel ejus partem (3); incrementum enim praedii, quod per alluvionem contingit, ejusdem conditionis reputatur, atque iisdem legibus regitur, quibus ipsum praedium (§. 557.)

(1) *Argum. l. Qui usumfructum* 36. *ff. de usufructu* (7. 1.)

(2) *Si aquam ex flumine publico duxeris, et flumen recesserit, non potes subsequi flumen; quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit. L. Hoc jure* 3. §. *Si aquam* 2. *ff. de aqua quotid., et aest.* (43. 20.)

(3) *Sed si alluvione paullatim accesserit fundo tuo, subsequi potes, quia locus totus fluminis serviat ductioni. D. l.* 3. §. 2.

§. 1133.

Si flumen ita alveum mutaverit, ut prope fundum servientem amplius non fluat, atque praedium aliud intermedium sit, extinguitur servitus, seu interim suspenditur, donec flumen ad priorem alveum forte revertatur, nisi medius quoque locus serviat (1); nam servitutes rusticae consistere nequeunt, nisi contiguum sit utrumque praedium (2), secus ac contingat in urbanis (§. 932.)

(1) *D. l. Hoc jure* 3. §. 2. *in fin. ff. de aqua quotid., et aestiv.* (43. 20.)

(2) *L. Qui sella* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1134.

Haec sunt, quae ad rusticorum praediorum servitutes pertinent, ex quibus jus acquirimus transeundi per aliena praedia, vel quasdam res per ea ducendi in praedii nostri utilitatem. Sequitur altera classis (§. 809), in qua continentur servitutes, quarum vi aliquid decerpere licet in utilitatem praedii; vel earum rerum, quae ad usum praedii destinatae sunt.

SECTIO II.

De servitutibus aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae, etc.

SUMMARIA.

Explicatur servitus aquaehaustus. §. 1135.

Per servitutem hanc jus competit aquae hauriendae e puteo, rivo vel fonte vicini. Quid si e flumine publico hauriatur aqua. §. 1136.

Si aqua non ducatur in utilitatem praedii, sed personae, servitus personalis est. §. 1137.

Ut ducatur aqua ex alieno fonte, vel rivo, praeter consensum domini, requiritur quoque consensus eorum, qui eadem aqua utuntur. §. 1138.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

Aquaehaustus haberi potest, quamvis via intermedia sit inter praedium serviens, et dominans; non vero aquaeductus, nisi habita facultate a Principe. Locus sacer intermedius quamcumque servitutem impedit. §. 1139.

Ei, qui aquaehaustum habet, iter quoque competit ad aquam hauriendam, et viceversa. §. 1140.

Si aquaehaustus ex flumine publico cessus sit sine itinere, nihil actum est. §. 1141., *et* 1142.

Iter, quod secum trahit aquaehaustus, nonnisi ex hujus necessitate competere existimatur. §. 1143.

Rivi purgatio, et refectio ad eos pertinet, qui utuntur aqua; nec impediri possunt, quominus rivum purgent, et reficiant. §. 1144.

Aquaehaustus suspenditur, cum rivus exarescit. Vicinus regulariter cogi nequit, ut aquaehaustum concedat. Possessio jure familiaritatis, vel precario non prodest. §. 1145.

Quid sit pecoris ad aquam appulsus, et qui ejus usus esse debeat? §. 1146.

Expenditur fragmentum Ulpiani ajentis, aquaehaustum, et pecoris ad aquam appulsum inter servitutes personales computari. §. 1147.

Servitutes istae plerumque reales sunt; personales tamen esse possunt in locis, ubi aqua venalis est. §. 1148.

Servitutes pecoris pascendi, ejusque ad aquam appellendi personales sunt, si pecus praedii caussa non sit destinatum. §. 1149.

Emendari debet textus Ulpiani, in quo tradit, inutiliter relinqui has servitutes ei, qui vicinus non est. §. 1150.

Servituti pecoris pascendi quandoque adjungitur alia, ut tugurium habere liceat in fundo vicini, quo pecus recipiatur. §. 1151.

Proponuntur, quae de hac pascendi pecoris servitute expendenda sunt. §. 1152.

Jus pascendi pecoris haberi potest vel jure servitutis, vel communionis, vel concessione Principis. §. 1153.

Servitus haec in dubio realis praesumitur, sive contractu imposita fuerit, sive ultima voluntate §. 1154., *et* 1155.

Servitus haec, utpote discontinua, sine titulo non acquiritur, nisi per immemorialem praescriptionem. §. 1156.

In hac re graviores probationes desiderantur. Qui testes recipiantur, necne? §. 1157.

2. *Facultas haec pascendi pecoris jure communionis haberi potest in pascuis publicis, seu communibus universitatis.* §. 1158.

Pascuorum communium usus pertinet ad eos, qui sunt de universitate, et ibi bona habent, quamvis alibi morentur. §. 1159.

Unus ex municipibus non potest, ne fundum quidem vendendo, pascendi jus, quod tota universitas acquisivit in fundo alieno, in alium transferre. §. 1160.

Quantitas animalium in pascua publica ducendorum periti arbitrio plerunque committitur. §. 1161.

Potest universitas, ex caussa publicae utilitatis, prohibere pascua, etiam in perpetuum; vel quaedam animalium genera. §. 1162.

Jus pascendi non continetur in generali concessione pascuorum per investituras feudi, nisi quatenus Princeps tempore concessionis eo fruebatur. §. 1163.

Vassallus potest pro rata suae jurisdictionis, et proportione habita bonorum, quae possidet in territorio, animalia sua in publica pascua ducere. §. 1164.

Vassallo non licet, etiamsi de pascuis amplissime, et ad libitum investitus fuerit, immoderatam animalium quantitatem immittere in pascua publica universitatis. §. 1165.

Extera animalia in publica pascua mittere nequeunt vassalli, nisi aperte doceant, jus hoc se a Principe habere. §. 1166.

Si pascua universitatis ita sint imminuta, ut vix sufficiant animalibus concivium, denegatur vassallis facultas extera animalia in ea immittendi. §. 1167. Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34.

Vassalli nequeunt aliena, nec propria animalia pascere in agris privatorum, nisi jus hoc legitime acquisierint, vel promiscua consuetudine inductum sit. §. 1168.

Cum vassallus est in possessione alienas pecudes immittendi in pascua privatorum, non possunt haec vassallo invito ad culturam reduci, nisi ex caussa publicae necessitatis, vel utilitatis. §. 1169., et 1170.

Potest quilibet pro arbitrio agri formam immutare, cum viget in loco consuetudo, ut singuli cives post recollectos fructus propria animalia pascant in alienis agris. §. 1171.

Vassallus non potest pascua publica, quorum usus perpetuo communis fuerit, ad culturam reducere, quamvis pascua ad feudum pertineant. §. 1172.

Affertur ratio discriminis inter jus universitatis, et vassalli. §. 1173.

Jus communionis pascui non tantum tacite inducitur pro membris universitatis; sed etiam expresse inter privatos, aut confines universitates: vel etiam ex Principis voluntate inter plures ejusdem feudi vassallos. §. 1174.

Modus conventione praestitutus regulariter servari debet. Obscura verba ad utriusque indemnitatem explicanda sunt. §. 1175.

Proponitur quaestio, utrum altero ex sociis petente, altero autem invito, fieri possit divisio pascui communis. §. 1176.

Divisio haec nonnisi ex utriusque consensu fieri potest, et ita convenerit; nisi tanta sit pascuorum communium quantitas, ut usus pascendi necessitatem excludat. §. 1177.

Si divisio pascui, cum proprietate, tum usu communis, prohibita non sit, agi potest communi dividundo. §. 1178.

Facilius permittitur divisio solius usus pascui, sive proprietas quoque communis sit, sive usus tantum. §. 1179.

Universitas cogi non potest a privatis, ut fiat divisio pascuorum communium §. 1180.

Divisio pascui communis fit per regiones agrorum, aut per tempora, vel per numerum pecoris. §. 1181.

Divisio pascui communis inter duas universitates in partes aequales fieri debet: maxime si proprietas quoque communis sit. §. 1182.

Cur divisionis modus non statuatur ex necessitate utriusque socii, quemadmodum fit divisio aquae ad irrigandos agros destinatae? §. 1183.

In divisione rei communis non attenditur necessitas, sed jus utriusque. §. 1184.

Pascui communis divisio etiam pro rata necessitatis fit, cum jure servitutis innititur communio, vel ita inducta videtur. §. 1185.

Divisio pascuorum communium inter plures ejusdem loci vassallos fit, proportione habita jurisdictionis, quae singulis competit. §. 1186.

Non licet animalia pascendi caussa ducere in silvas recenter positas, nec in seminaria plantarum, nec in loca, ubi adsunt vites, aliaeque arbores fructiferae, quibus noceatur. §. 1187.

Usus pascendi pecoris in pascuis communibus universitatis non amittitur, quamvis haec ab universitate distrahantur. §. 1188.

Nulla praestatur evictio, nec competit actio quanti minoris, propter hujusmodi communem usum pascendi. §. 1189.

In servitutibus calcis coquendae, arenae fodiendae, et similibus generales servitutum regulae servari debent. §. 1190.

§. 1135.

Quae singulares servitutum species ad hanc classem referantur, jam monuimus, et titulus ipse demonstrat. Singulas breviter, sed diligenter perpendamus. Servitus

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 35.

aquaehaustus nihil aliud est, quam facultas hauriendae, seu extrahendae aquae e puteo, rivo, vel fonte alterius in proprii fundi utilitatem (1).

(1) §. *Inter 2. instit. hoc. tit.*

§. 1136.

Diximus e puteo, rivo, vel fonte vicini, qui in privati dominio sit: non autem e flumine publico; namque, ut supra animadvertimus, cum hodiernis moribus e quovis flumine publico, etiam non navigabili, neque ex quo aliud navigabile fiat, vel torrente aquam sine licentia Principis ducere nefas sit (§. 50.); servitutis jus quaesitum non dicemus illi, qui facultatem hanc a Principe obtinuerit, sed restitutam naturalem libertatem, quae, jure gentium inspecto, unicuique de populo competit (§. 31.)

§. 1137.

Servitus ergo haec ad rivos, fontes, vel puteos refertur, quorum dominium habent privati, ex quibus proinde, servitute constituta, alteri aquam ducere conceditur in proprii praedii utilitatem. Quod si in praedii utilitatem non ducatur aqua, sed in commodum personarum, ut plerumque e puteis hauriri solet, servitus personalis erit, non vero realis (§. 894.)

§. 1138.

Nonnisi constituta servitute ex alieno fonte, vel puteo aquam duci posse, supra demonstravimus; immo neque sufficere facultatem ab eo habitam, qui fontis dominus est, sed insuper consensum requiri eorum, qui utuntur eadem aqua, si forte in ipsorum dispendium aqua minuatur (§. 1193.); cum de praevia hujus servitutis constitutione dicebamus ad servitutem aquaeductus.

§. 1139.

Hoc autem discrimen est inter utramque servitutem, quod aquaehaustus haberi possit, quamvis inter praedium serviens, et dominans via intermedia reperiatur; cum per eam omnibus liber aditus pateat (§. 88., et seqq.); non vero aquaeductus, nisi ex permissu Principis (1); neque enim duci aqua per eam potest, nisi operibus factis, quae iter vel impediunt, vel minus commodum efficiunt, quod privatis non licet (§. 120., et sequ.). Quod si sacer, vel religiosus locus intermedius sit, neutra servitus haberi potest; cum religionis decus expostulet, ut loca haec ab omni servitutis onere immunia sint (2).

(1) *L. Servitutes praediorum* 14. §. *ult. ff. de servitutib.* (8. 1.)

(2) *D. l.* 14. §. *ult. in fine.*

§. 1140.

Cum servitute concessa ea quoque tributa existimentur, sine quibus servitute uti non liceret (§. 953.); merito dixit Ulpianus, ei, qui habet haustum, iter quoque competere ad hauriendam aquam, etiamsi de itinere nulla facta fuerit mentio; et viceversa facultatem adeundi fontem privatum secum trahere jus aquae hauriendae (1); prima enim sine itinere inutilis fieret: iter vero ad fontem nihil prodesset, nisi et aquam educere liceret.

(1) *L. Item sic possunt* 3. §. *ult. ff. hoc. tit.*

§. 1141.

Quod si fingamus, aquaehaustum sine itinere cessum fuisse ex flumine publico, respondit idem jureconsultus, nihil actum esse (1); quod optima, subtili tamen, ratione nititur: cum aquaehaustus ex fonte privato tribuitur, iter quoque per consequentiam, et, tamquam accessorium aquaehaustus, concessum reputatur ex tacita contrahentium voluntate, quia unum sine altero esse nequit. Contra permisso aquaehaustu ex flumine publico, cum cessio haec, a privato facta, nullas habeat vires, sed facultas a Principe impetranda sit (§. 1136.), nihil est, quod principalis locum teneat, atque ad se trahat accessorium: proinde accessorium corruere debet (2).

(1) *D. l. 3. §. ult. in fine ff. hoc. tit.*

(2) *L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34.

§. 1142.

Neque objiciatur, mentem potius loquentis perpendi debere, quam verba (§. 187. D.), eaque ita semper interpretanda esse, si fieri potest, ut aliquid operentur; cum nemo perperam loqui, vel agere existimetur (§. 190. D.): adeoque iter ad flumen concessum videri, prout potest ab eo, qui aquaehaustum cessit, quod non poterat; nam mens verbis potior esse nequit, cum clara sunt verba; quia in claris non admittitur quaestio voluntatis (§. 189. D.): ex quo sequitur, non posse ita explicari contrahentium verba, ut aliud omnino significent, quod expressum non fuit (d. §. 189., et sequ. D.)

§. 1143.

Caeterum, quod diximus, haustu concesso, iter quoque tributum videri (§. 1140.), civiliter, ut ajunt, intelligi debet (1); et ita, ut iter quidem pateat, cum necessarium est ad aquam hauriendam, non vero ad alterum usum (2); cum enim limitata sit caussa, limitatum quoque, ut fert vulgatum axioma, parere debet effectum (3).

(1) *L. Obligatione generali* 6., *et seqq. ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *Argum. l. Si cui simplicius* 9. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

(3) *L. In agris* 16. *de acquir. rer. dom.* (41. 1.)

§. 1144.

Si quaeratur, quorum oneri incumbat purgatio, et refectio rivi, respondet Ulpianus, ad eos pertinere, qui aquae beneficio fruuntur, quemadmodum in caeteris servitutibus contingit (1), nisi aliter conventum sit; ibi enim incommoda esse debent, ubi sunt rei commoda (2). Reficiendi ergo onus subeunt, sed nec impediri possunt, quominus rivum purgent, et reficiant, dum nequid immutent, quod alteri noceat (3); ne alioquin aquae usus deterior fiat (4). Quod autem de rivis dicimus, fontes, puteos, et caetera hujusmodi ex rationis identitate complectitur (5).

(1) *Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. L. Etsi forte* 6. §. *Etiam de servitute* 2. *ff. si serv. vindic.* (8. 5.)

(2) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L.* 1. *princ.*, *et* §. *seqq. ff. de rivis* (43. 21.), *in qua singillatim enumerantur, quae permitti possunt vel prohiberi refectionis nomine.*

(4) *D. l.* 1. *ff. de rivis.*

(5) *D, l.* 1. *princ.*, *et* §. *seqq.*

§. 1145.

Tria hic supersunt obiter animadvertenda. 1. Servitutem aquaehaustus non amitti ex eo, quod rivus exarescat; sed tantum suspendi, donec renascatur aqua (§. 1131.) 2. Vicinum cogi non posse, ut alteri aquaehaustum e proprio puteo vendat, nisi huic omnino necessarius sit, nec possit aliunde aquam ad usum necessarium habere: maxime si servitus haec gravis admodum futura sit domino fundi, a quo petitur (1). 3. Possessionem hauriendae aquae e puteo, vel fonte vicini, quae jure familiaritatis, vel precario innitatur, ad manutentionem non prodesse, etiamsi de tempore immemoriali hujus possessionis constaret (2).

(1) *Si enim necessaria esset, ex aequitate concedi deberet, sicuti de itinere diximus*, §. 1076., *et seqq.*

(2) *L. ult. ff. quemad. servit. amittant.* (8. 6.) *V.* §. 916.

§. 1146.

Pecoris ad aquam appulsus servitus est, qua vicinus potest pecus suum, quod in usum praedii habet, ad vicini fontem, vel rivum ducere, potus praebendi caussa (1). Qui hac servitute utitur, cavere debet, ne majorem, quam liceat, pecoris numerum ad aquam appellat, et ita junctum ducat, ne arboribus, vel satis vicini noceatur (2).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34.

(1) §. *Inter rusticorum* 2. *instit. hoc tit.*, *l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Trebatius* 18. *ff. de aqu. quot.*, *et aest.* (43. 20.)

§. 1147.

Objici hoc loco solet Ulpianus ajens, haustum aquae, et pecoris ad aquam appulsum inter servitutes personales accenseri (1). Non consentiunt interpretes in hujusce textus interpretatione. Sunt, qui particulam negativam adjiciunt, ut dicat jureconsultus, haustum aquae, et pecoris ad aquam appulsum non esse servitutem personae. Alii existimant, verba, quae objiciuntur, jureconsulti non esse (2), sed a Triboniano, vel alio quopiam imperito adjecta fuisse.

(1) *Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae. L. Mela ait* 14. §. *ult. ff. de aliment.*, *vel cibar.*, *legatis* (34. 1.)

(2) *Videlicet ab iis verbis* nam et haustus aquae *usque ad finem legis.*

§. 1148.

Verum Ulpianus non incongrue potest explicari, ne ab aliis jureconsultis dissentiat, si dicamus, utramque servitutem plerumque realem quidem esse, aliquando tamen inter personales recenseri, cum in personae utilitatem constituitur. Atque interpretatio haec propositae Ulpiano speciei apprime congruit: agit enim de aqua per fideicommissum relicta libertis, qui in Affrica, vel Aegypto morabantur, ubi aqua venalis esse solet. Cum quaereretur, an viribus subsisteret hujusmodi fideicommissum, valere respondit, quamvis liberti vicina praedia non possiderent, in quorum utilitatem aqua cederet, quia hujusmodi servitus, non secus ac altera pecoris ad aquam appulsus, personalis est (1), seu esse potest personalis, si personae emolumentum praecipue contineat.

(1) *D. l.* 14. §. *ult. ff. de aliment. leg.*

§. 1149.

Neque interpretatio haec aliena videri potest; namque Papinianus pecoris pascendi, et ad aquam appellendi servitutes inter reales connumerandas esse docet, si fructus praedii maxime in pecore consistat (1). Si ergo fructus praedii non ex pecore constent, ne pecus praedii caussa praecipue destinatum sit, personales erunt hujusmodi servitutes.

(1) *Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur. L. Pecoris* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1150.

Hac posita interpretatione, quae nec a mente Ulpiani, nec a genuinae interpretationis regulis abhorret, inutilis fit priorum legis verborum emendatio, quae tamen necessaria videtur in posterioribus: *tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur*; potius enim legendum est, *utiliter relinquitur,* quemadmodum supra dixerat idem jureconsultus: *nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii, non possessori vicinae possessionis relicta* (1): et suadet ipsa personalis servitutis conditio, ad cujus vim non requiritur, ut praedium vicinum habeat, qui ea uti debet; nisi forte quis velit, ut ab emendatione abstineat, post ea verba, *est servitus personae,* alia subjicere, quibus realis quoque servitus interdum esse dicatur; atque ita juris regulis consentiet, quod deinde traditur, inutiliter relinqui ei, qui vicinum praedium non habeat (§. 933.)

(1) *D. l.* 14. §. *ult. ff. de alim. legat.*

§. 1151.

Servitus, quae pecoris pascendi dicitur, nihil aliud est, quam jus ducendi pecoris in prata, vel agros alterius, ut ibi pascatur. Haec autem servitus plerumque realis est (1); personalis tamen fit, si in personae utilitatem, quae pecore utitur, potius constituta fuerit (2); atque huic servituti alia adjungi potest, ut tugurium habere liceat in fundo vicini, quo pecus recipiatur (3).

(1) §. *Inter rusticorum* 2. *instit. hoc tit. l. Item sic possunt* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Pecoris* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Veluti* 6. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 1152.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

De hujusmodi servitute, cujus hodie frequentissimus usus est, quatuor nobis sunt diligenter investiganda, quae specialia sunt, vel non ita facile ex generalibus hujusce argumenti regulis djiudicari possunt. 1. Quibus modis acquiratur. 2. Quae sint ejus acquisitae commoda, et quis esse debeat ejus modus, praesertim cum pascua communia sunt. 3. An fieri possit pascuorum communium divisio, et qua ratione fieri debeat. 4. Quibus in locis animalia pascere liceat.

§. 1153.

Tribus modis acquiri, seu haberi potest servitus pecoris in alienis agris pascendi. 1. Jure servitutis, actu inter vivos, vel ultima voluntate constitutae, aut jure praescriptionis quaesitae. 2. Jure communionis, quod locum habet in pascuis publicis, seu communibus. 3. Concessione Principis. Singulos praestat expendere.

§. 1154.

In primis ergo servitus haec acquiritur, non secus ac aliae, pactionibus, et stipulationibus (1). Quo casu, si dubitetur, utrum jus hoc reale sit, ut in haeredes, et successores transeat, an mere personale, ut cum persona intereat, contrahentium mens inspici debet: quae si incerta adhuc appareat, in dubio reale judicandum esse putat Scevola (2); nec immerito; cum ad praedii utilitatem ex sui natura potius referatur, quam ad personam (3).

(1) *L. Testatrix* 20. §. 1. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.)
(2) *D. l.* 20. §. 1.
(3) *L.* 1. §. 1., *l. Item* 3., *l. Veluti* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1155.

Eadem ratio est pascui legati: nimirum in dubio non judicatur consistere in persona legatarii, sed in hujus haeredes, et successores transferri (1) una cum praedio, cui inhaeret: nisi aliam esse testatoris voluntatem appareat: puta ex natura praedii, ex conditione personae, et similibus; vel si testator personam expresse demonstraverit, cui servitus haec unice praestaretur (2).

(1) *D. l.* 20. §. 1. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.)
(2) *L. Pecoris* 4., *l. pen. ff. hoc tit.*, *d. l. Mela* 14. §. *ult. ff. de alim.*, *vel cibar. legat.* (34. 1.)

§. 1156.

Praescriptione quoque servitus haec acquiri potest (1): praescriptione, inquam, quadragenaria, si adsit titulus: immemoriali autem, cum titulus praesto non est; quia de servitute discontinua agitur (2). Atque eadem est vis consuetudinis, quae interdum in quibusdam locis inducitur, ut cuique liceat in alienis praediis, ad quemcumque pertineant, sive ad privatos, sive ad communitatem, sive etiam ad vassallum, vel Ecclesiam, et cujuscumque conditionis sint, sive allodialia, sive feudalia, propria animalia ducere, ut ibi depascantur (3).

(1) *L. Argum.*, *l. Si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vindicet.* (8. 5.)
(2) *V. quae generatim supra diximus.* §. 911., *et seqq.*
(3) *Atque ita quaedam communio, seu promiscua, et reciproca servitus inducitur.*

§. 1157.

Verum, cum hic agatur de re maximi momenti, ex qua grave damnum, et periculum imminet dominis praediorum, plenior exigi debet possessionis probatio (1). Quare non recipiuntur testes de auditu, vel qui deponant de tempore remoto, vel de eo, quod obiter, et in transitu viderint (2); et generatim, testibus deponentibus pro servitute praeferuntur, qui deponunt pro libertate; utpotequia his favet juris praesumptio (3).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Ad. probationem* 22. *cod. de probationib.* (4. 19.)
(2) *Cap. Licet ex quadam* 47. *extra Decr. Greg. de testibus* (2. 20.), §. *Retinendae* 4. *in fin. instit. de interdict.* (4. 15.), *Novell.* 90. *cap. Et licet* 2.
(3) *L. Altius* 8., *et l. seq. cod. hoc tit.*

§. 1158.

2. Facultas pecoris pascendi in praediis alienis interdum in jure communionis fundamentum habet; non eo jure communionis, quod privatorum voluntate inductum sit (1): sed quod sine ulla conventione obtinet; videlicet in pascuis publicis, seu communibus; universitates enim, ut suo loco demonstravimus, res quasdam communes habent, quarum proprietas ad ipsam universitatem spectat, usus vero omnibus, qui de eadem universitate sunt, inter quas pascua quoque computantur (§. 123.)

(1) *De quo agitur in d. l. Testatrix* 20. §. 1. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.); *ex hoc enim servitus pactionibus constituta descendit, de qua diximus.* §. 1154.

§. 1159.

Dixi, pascuorum communium usum ad eos pertinere, qui sunt de eadem universitate. Inter eos autem de universitate forenses, seu eos, qui bona possident in loco, quamvis alibi domicilium habeant, recenseri data opportunitate ostendimus, quia conveniens est, ut forenses aeque gaudeant juribus realibus loci, in quo bona habent, ac oneribus realibus subjiciantur, nisi aliter forte suadeat legitima aliqua caussa (1); atque ipsi prius probent, se bona in loco possidere; cum haec conditio fundamentum sit juris pascendi (2).

(1) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50. 17.) *V.* §. 170., *et* §. 309., *et seq. Tom. I.*
(2) *L. Quoties operae* 18. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 1160.

Cum pascendi jus unicuique ex municipibus competat, praesertim ratione bonorum quae in loco possidet: quo fit, ut forensibus idem commodum tribuamus (§. praec.), dubitari potest, utrum unus ex municipibus possit, saltem fundum vendendo, jus hoc in emptorem transferre in ea specie, qua tota universitas acquisierit jus pascendi in fundo alieno. Negat Faber (1); ne in potestate unius sit, non solum fundi servientis, sed etiam caeterorum, qui ex universitate sunt, jus imminuere, quod non licet (2). Quare cum servitus quaesita videatur toti universitati, non huic, aut illi praedio, nonnisi cum universitate bonorum servitutem hanc in alium transferri posse existimat: atque si secus factum sit, personalem tantum concessionem factam videri, non translatum jus servitutis (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 11.
(2) *L. Certo generi* 13. §. 1., *l. Quintus* 15. *ff. hoc tit.*
(3) *Fab. d. def.* 11. *in fine.*

§. 1161.

Si autem quaeratur, quem animalium numerum in communia pascua ducere liceat, respondemus, quaestionem hanc plerumque committi arbitrio peritorum, qui diligenter perpenderint pascuorum quantitatem, et qualitatem, tum etiam quantitatem bonorum, quae a municipibus, vel forensibus in loco possidentur (1), ut ita uniuscujusque utilitati convenienter prospiciatur.

(1) *Menoch. de arbitrar. quaest. lib.* 2. *cas.* 245., *Bruneman. in cod. de pasc. public. lib.* 11. *tit.* 60. *L.* 2. *num.* 8.

§. 1162.

Haec tamen non impediunt, quominus possit communitas, si ita suadeat publicum bonum, pascua interdicere, vel quibusdam anni temporibus, vel in perpetuum, atque ea ad culturam reducere (1): potiori ratione ad tempus locare (2), vel prohibere, ne

quaedam animalium species, puta oves, in pascua publica ducantur pascendi caussa, vel etiam in territorio retineantur (§. 269. 1.) Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *L. penult. ff. de decret. ab ordin. faciend.* (50. 9.)

(2) *L. Lucius Titius* 21. §. *ult. ff. ad municipal.* (50. 1.)

§. 1163.

3. Pascendi jus ex Principis concessione haberi potest; qui aliquando illud in vassallos transfert (1). Sed hic notandum est, in generali, et indefinita pascuorum per investituras feudi, concessione jus hoc non contineri, nisi quatenus Princeps tempore concessionis eo fruebatur (2); Principis enim beneficia ita semper interpretanda sunt, ne alteri noceant (3).

(1) *Perezius in cod. de pascuis publicis lib.* 11. *tit.* 60. *num.* 10.

(2) *L. Nemo plus juris* 54. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid. in loco publ.* (43. 8.)

§. 1164.

Dixi, jus pascendi generalibus investiturae verbis non contineri, nisi quatenus Princeps jure hoc tempore concessionis utebatur; quod ita accipi debet, ne pascua publica ad vassallum ita pertinere videantur, ut ea pro arbitrio prohibere, vel locare possit; nemini enim dubium est, quin vassallis liceat pro rata parte suae jurisdictionis, proportione quoque habita bonorum, quae in territorio habent, sua animalia in publica pascua mittere; moderate tamen; hoc enim jure gaudere debent non solum tamquam vassalli, adeoque veluti in populum, et territorium jurisdictionem exercentes, sed et tamquam alii de populo, et veluti concives (1); quamvis in loco non habitent, et bonorum exiguam quantitatem possideant ex communiori sententia, saltem si de pascuis fuerint investiti (2).

(1) *Coaruv. pract. quaest. cap.* 37. *num.* 3., *Defranch. dec.* 107., *Perezius in cod. lib.* 11. *tit.* 60. *de pascuis publicis num.* 7.

(2) *Canc. variar. resolut. par* 3. *cap.* 4. *num.* 63.

§. 1165.

Moderate dixi; neque enim iis permitti debet, ut ad libitum animalia immittant in pascua publica (1); etiamsi forte proponerentur de pascuis amplissime, et ad libitum investiti; nam et naturalis ratio, et jus societatis, quod inter compascentes tacite inducitur, prohibent, ne quis re communi ita utatur, ut alii eadem frui impediantur: amplissima autem, et generalia investiturae verba intelligi debent, ne jus alteri quaesitum tollant (2).

(1) *Argum. l. Imperatores* 17. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. §. 10., *et* 16. *ff. ne quid in loco publ.*, *d. l.* 17. *ff. hoc tit.*

§. 1166.

An vassalli de pascuis legitime investiti possint pascua exteris concedere (1), subtilis quaestio est. Sunt, qui putant, jus fidandi pascua exteris, vassallo loci unice competere ad exclusionem alterius (2); quia jus quoddam regale sit, ad minora tamen regalia pertinens, quae vassallis concedi solent (3). Cum tamen jus hoc gravissimi momenti sit, et maxime onerosum civibus, admitti non debet, nisi apertis probationibus a Principe concessum, vel longa praescriptione acquisitum demonstretur (4).

(1) *Quod fidandi, et fidarum jus vocant pragmatici.*

(2) *De Luca de regalibus disc.* 94. *num.* 2., *et disc.* 95. *num.* 3.

(3) *V. quae diximus supra de regalib.* §. 443.

(4) *V. supra* §. 1157.; *quae potiori ratione locum hic debent obtinere, quia gravius imminent damnum.*

§. 1167.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

Caeterum, quamvis vassalli concessionem, vel praescriptionem legitime inductam probent, si tamen pascua omnia sint necessaria pro animalibus concivium, quorum numerus auctus sit: vel si pascua sint imminuta, deneganda omnino erit vassallis facultas, qua exteris pascua concedant (1); ita enim velle Princeps praesumitur (2): atque intra hos limites coercendam esse praescriptionem suadet ipsa naturalis aequitas, et ordinata charitas.

(1) *L. venditor* 13. §. 1. *ff. commun praed.* (8. 4.)

(2) *L. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco publ.* (43. 8.)

§. 1168.

Hinc constat, potiori ratione prohiberi vassallos, ne propria, vel aliena animalia pascant in agris privatorum, etiamsi pascuorum jus investitura contineatur (1): nisi jus hoc legitima praescriptione acquisierint, vel consuetudine inductum sit, prout obtinet quibusdam in locis, ut post recollectos fructus cuivis liceat in alienos agros propria animalia ducere pascendi caussa. Quod nec impediri posse aliqui sentiunt (2); ea moti aequitatis ratione, quae vult, ut alter in alterius praedio ea facere possit, quae sibi prosunt, alteri vero non nocent (3).

(1) *Haec enim clausula ex verosimiliori Principis concedentis mente, qui jus alterius laedere velle non praesumitur. D. l. Praetor ait* 2. §. 10., *et* 16. *ff. ne quid in loco publ., referri debet ad propria feudi pascua, vel ad communia.*

(2) *Perez. in cod. de pasc. publ. lib.* 11. *tit.* 60. *num.* 8., *Coaruv. practic. quaest. lib.* 37. *num.* 1., 2., *et* 5.

(3) *L. In summa* 2. §. *Item Varrus* 5. *ff. de aqu. pluv. arc.* (39. 3.)

§. 1169.

Si ergo fingamus vassallum in possessione alienas pecudes in pascua privatorum immittendi, atque haec ad culturam redacta fuerint, sciente, et consentiente vassallo, eo jure frui amplius non poterit; tum quia plerumque non convenit, ut privatorum fundi deserviant tamquam pascua publica ad pascenda animalia exterorum in grave domini praejudicium (1); tum quia vassalli, pascuorum culturae consentientes, juri suo tacite renunciasse videntur.

(1) *Argum. l. Insignis* 2. *cod. de pascuis public.* (11. 60.)

§. 1170.

Si autem vassalli huic immutationi consensum denegaverint, regulariter privatis non licet, vassallos a jure suo per agrorum culturam deturbare (1): nisi forte ita expostulet necessitas, et publica utilitas, quae privatae anteferri debet: quo tamen casu vassallus indemnis servandus est; ne alter cum alterius dispendio locuples fiat, quod aequitas non patitur (2).

(1) *Perez. in cod. de pasc. public. lib.* 11. *tit.* 60. *num.* 10., *argum. l. Si domus* 21. *ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.), *l. Si eo loco* 9. *ff. si servit. vind.* (8. 5.)

(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condic. indeb.* (12. 6.)

§. 1171.

Aliud dicendum est, cum praescriptio inducta non fuit, sed tantum viget in loco hujusmodi consuetudo, ut singuli cives in aliorum agris post recollectos fructus propria animalia pascant; in hac enim specie potest quilibet pro arbitrio agri formam immutare, licet inde fiat, ut pascendis animalibus non amplius inserviant; haec enim consuetudo neque servitutis, neque societatis vim habet, sed tantum promiscui usus, jure quodam familiaritatis, quod pro arbitrio revocatur (§. 922.)

§. 1172.

Disputant hac occasione interpretes, utrum vassallus pascua publica, quae ad feudum quidem pertinent, ita tamen, ut eorum usus perpetuo communis fuerit, ad

culturam reducere possit. Affirmandum videretur, quemadmodum de universitate diximus (§. 1162.). Negat tamen, nec immerito, Perezius (1); atque ratione nititur, quod vassallus nequeat immutare ea, quae publici usus sunt (nisi a Principe, ad quem spectat cura rerum publicarum, facultatem hanc speciatim obtinuerit); nec jus civibus quaesitum ex Principis voluntate, Principe non consentiente, auferre. Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *In cod. lib.* 11. *tit.* 60. *num.* 11.

§. 1173.

Nec nocet exemplum universitatis, cui immutatio haec ex caussa publicae utilitatis permittitur (d. §. 1162.): universitas enim rerum communium plene domina est (1), adeoque illis pro arbitrio utitur, dummodo ita utatur, ut publico bono prospiciat, quamvis forte alicui ex civibus noceat: vassallus autem nonnisi utile feudi dominium habet; nec ea, quae in vim feudi habet, contra Principis feudum concedentis mentem, et in civium dispendium potest immutare.

(1) *L.* 1. §. 1. *l. Sicut municipum* 7. *ff. quod cujuscumque universit. nom.* (3. 4.)

§. 1174.

Diximus (§. 1158.), pascendi jus interdum haberi ex communione, quae facit, ut membra alicujus universitatis uti possint publicis, seu communibus pascuis: atque communio haec non descendit ex pacto, sed tacite inita videtur ex aequitatis ratione, quae vult, ut, qui onera alicujus rei sustinet, commoda etiam percipiat (§. 1159.). Aliquando expressa conventione haec communio inducitur, non tantum inter privatos, sed et inter confines universitates, vel etiam ex Principis voluntate descendit, qui pluribus idem feudum concedit una cum pascuis. Hinc opportunum est inquirere, qua ratione unusquisque socius pascuis uti possit, et utrum alter jure postulet, ut pascuorum divisio fiat, et quomodo haec fieri debeat.

§. 1175.

In primis regula generalis hic statui debet, modum conventione praescriptum servandum esse, nisi forte aliud suadeant aequitas, vel nova, quae emerserint, adjuncta. Quod si contrahentium mens non omnino manifesta sit, ita explicari debent obscura, vel ambigua verba, ut utriusque utilitati, et indemnitati prospectum sit (1).

(1) *L. Cum emptor* 5., *l. Si id, quod pure* 7. §. 1. *ff. de rescindend. vendit.* (18. 5.). *Si ergo fingamus, inter confines universitates convenisse, ut vicissim liceat alteri in alterius pascua pecudes ducere pascendi caussa, ita interpretanda non erit conventio, ut alteri tunc tantum pascere permittatur, cum pascendi jus, herba consumpta, supervacaneum futurum est.*

§. 1176.

In altera quaestione, utrum altero ex sociis postulante pascuorum divisio fieri debeat, quamvis alter reluctetur, distinguendum est. 1. Utrum convenerit, ne pascua dividerentur, an de divisione aliquando facienda nihil expressum sit. 2. Utrum non tantum usus, sed et proprietatis divisio petatur in ea specie, qua utrumque commune sit, an usus tantummodo. 3. An divisio postuletur pascui, usu quidem communis, proprietate tamen unius, vel alterius.

§. 1177.

Si convenerit, ne pascuorum tum proprietate, tum usu communium divisio fiat, nisi ex utriusque socii consensu, rata est conventio, neque ab ea recedi temere potest; ea enim conventione non perpetua societas, quae facilius solvitur, nec jure firmatur (1), contracta est, sed reciproca servitus, quae per se tamdiu durat, quamdiu subsistit praedium, cui inhaeret (2). Exceptio tamen admitti posset, si tanta pascuorum communium quantitas esset, ut pascendi usus necessitatem excederet; hoc enim casu publicae utilitatis ratione, ut pars excedens ad culturam reducatur, divisio haec permitti deberet (3).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Si convenerit* 14., *l. Nulla* 70. *ff. pro socio* (17. 2.)
(2) *L. Quid aliud sunt* 86. *ff. de verb. signific.* (50. 16.)
(3) *Quemadmodum de jure universitatis diximus.* §. 1162.

§. 1178.

Quod si divisio pascuorum communium speciali pacto prohibita non fuerit, eaque et proprietate, et usu sint communia, probabilior videtur eorum opinio, qui sentiunt, alterum ex sociis agere posse communi dividundo; quamvis enim communio haec dici potius debeat reciproca servitus ex se perpetua, quam societas (§. praeced.); quia tamen maxime accedit ad societatem, quam pro arbitrio unius dissolvi posse leges voluerunt, ut discordiae tollantur, quarum societas mater, ut inquiunt, esse solet (1), idcirco ex alterius voluntate divisio haec fieri posse videtur.

(1) *L. Actione* 65. §. *Diximus* 3. *ff. pro socio* (17. 2.)

§. 1179.

Hinc patet, facilius permittendam esse solius usus divisionem, sive proprietas quoque communis sit, sive usus tantum promiscuus; tum ut vitentur dissensiones, quae facile exoriri possunt, tum ne alter ex sociis nimis forte praegravetur (1): namque etiam in usu, ut animadvertit Thesaurus (2), locum habet remedium communi dividundo (3): et nihil obstat, quominus servitutis, licet per se individua sit, emolumentum, atque exercitium dividatur (4).

(1) *Thes. dec.* 71. *num.* 2. ✠
(2) *Thes. d. num.* 2.
(3) *L. Item quamvis* 10. §. 1. *ff. commun. divid.* (10. 3.)
(4) *L. Communi dividundo* 7. §. *Cum de usufructu* 10. *ff. eod. tit.*

§. 1180.

Sed haec, quae tradidimus de permittenda divisione, altero ex sociis instante, quamvis alter repugnet, tunc tantum obtinent, cum usus pascui per se, et jure proprio unicuique competit, neque enim ex voluntate unius, vel alterius municipis cogi potest universitas, ut pascua dividat; cum bonorum communium administratio ad totam universitatem pertineat, nec privati possint universitatem cogere, ut pro arbitrio suo communium rerum usus constituatur (1). Omnium ergo consensus exquirendus est, ut hujusmodi divisio fiat (2).

(1) *L.* 1. §. 1., *l. Sicut municipum* 7. §. 1. *ff. quod cujusq. universitatis* (3. 4.)
(2) *Thes. dec.* 72. *in addit. litt.* A ✠, *ubi censuit Senatus, ex consensu omnium capitum domorum posse dividi inter privatos tum proprietate, tum usu nemus, quod a Principe concessum fuerat universitati.*

§. 1181.

Haec autem divisio fieri debet, cum eadem permittitur, per regiones agrorum, si agri divisionem hanc recipiant, vel per tempora, aut numerum pecoris, quod ad pascua ducitur (1).

(1) *D. l.* 7. §. 10. *ff. comm. divid.*, *Thes. d. dec.* 71. *num.* 2.

§. 1182.

Sed quaeritur, utrum inter plures socios divisio haec in partes aequales facienda sit, an proportione habita quantitatis bonorum, pecoris, vel etiam personarum, si pascua communia sint duarum universitatum. Generalis regula est, divisionem in partes aequales fieri debere, potissimum si proprietas quoque communis sit (1); communio enim, nisi aliud demonstretur, in dubio praesumitur utrinque aequalis (2).

(1) *Thes. dec.* 72. *num.* 3. ✠
(2) *L. Nomen* 164. §. 1. *ff. de verb. signific.*, *l. Etiam partis* 43. *ff. de usufructu* (7. 1.)

§. 1183.

Neque objiciatur, ex necessitate utriusque socii potius desumendum esse modum divisionis, quemadmodum de aqua ad irrigandos agros destinata, atque e flumine publico ducenda constituerunt Imperatores, ut pro modo possessionum dividatur, nisi proprio quis jure plus sibi datum ostenderit (1); cum enim aquam e flumine publico, quod navigabile sit (§. 48.), vel etiam non navigabili, cujus tamen aqua in usu publico esset, vel ex quo aquam duci Princeps speciatim prohibuisset (§. 49.), ducere non liceret, nisi obtenta a Principe facultate, Princeps generali huic juri, alicujus privati favore, non praesumitur derogare, nisi quatenus exigit necessitas, atque utilitas praediorum, adeoque pro modo possessionum aquam concedere. Contra, ubi res communis proponitur, uniuscujusque jus inspici debet, quod aequale praesumitur, nisi aliud demonstretur (§. praeced.).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Co. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Imperatores* 17. *ff. hoc tit.*

§. 1184.

Equidem non eadem aquae mensura iis omnibus conceditur, qui jus habent aquae derivandae e fundo alieno; sed ex sitientium agrorum necessitate res dijudicatur (§. 1126.). Sed regula haec ex servitutis natura desumitur, quae nonnisi ad limites necessitatis, atque utilitatis, constituta reputatur (§. 926.). In divisione autem rei communis non inspicitur necessitas, sed jus utriusque.

§. 1185.

Ex his patet, etiam pro rata necessitatis, seu personarum, possessionum, et pecoris, divisionem pascui communis fieri debere, non tantum, cum communio haec jure servitutis innititur, itaut proprietas unius sit (1); sed etiam, quoties communio praesumi debet inducta non simpliciter, sed proportione habita necessitatis, et utilitatis. Hinc censuit Senatus divisionem pascui communis, a Principe universitati concessi, ad ratam registri, et capitum domorum faciendam esse (2): rerum enim communium universitatis omnes quidem partem habent, non tamen eandem, sed habita proportione; sicut nec omnes eandem onerum partem ferunt; cum commoda, ac onera non ex justitia commutativa inter privatos tribuantur, sed ex distributiva, quae singula adjuncta perpendit, ut justa aequitas statuatur (§. 14. 1.)

(1) *Thes. d. decis.* 72. *num.* 2., *et* 3.

(2) *Thes. d. decis.* 72. *in addit. in fin.* ✠

§. 1186.

Hinc etiam pascua inter plures ejusdem loci vassallos communia, non in partes aequales tribuenda sunt, sed proportione habita jurisdictionis, quam singuli habent: quemadmodum solet observari in facultate judicis nominandi, quae pluribus vassallis competat (1); cum enim, ut supponimus, a jurisdictione in vim feudi tributa, pascuorum jure fruantur, aequum est, ut ab ea pascuorum divisionem dimetiamur.

(1) *Argum. l. Si, ut certo* 5. *ff. commodati* (13. 6.)

§. 1187.

Caeterum, quocumque titulo pascendi facultas alteri competat, jure nostro vetitum est, ne animalia, potissimum caprae, et oves pabuli caussa ducantur in silvas, donec arbores ita creverint, ut damno affici nequeant (1): vel in plantarum seminaria (2). Neque etiam publica utilitas patitur, ut pecora depascantur in agris, ubi adsunt vites, segetes, et arbores fructiferae, quibus noceatur (3).

(1) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 9. §. 15.

(2) *Reg. Const. ibid.* §. 16., *et* 17.

(3) *L. Insignis* 2. *cod. de pascuis publicis* (11. 60.)

§. 1188.

Duo supersunt in hac re adnotanda. 1. Usum pascendi pecoris in pascuis communibus universitatis non amitti, quamvis forte universitas pascua alienet, et in alium

Inst. l. 2 tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

transferat; utpotequia jus hoc praediis ipsis inhaeret, adeoque in successores transit (1).

(1) *L. Testatrix* 20. §. 1. *ff. si servit. vindicet.* (8. 5.)

§. 1189.

Alterum est, hujusce usus communis rationo, nullam praestandam esse, ut quidam sentiunt, emptori evictionem, nec competere actionem quanti minoris; quia usus hic, sive jus nihil commune habeat cum dominio ad percipiendos fructus praediorum, neque considerari possit veluti servitus, qua pretium fundi imminuatur (1).

(1) *De Luca de feud. discurs.* 65. *num.* 8., *et* 9.

§. 1190.

In servitutibus calcis coquendae in fundo alieno, arenae fodiendae, cretae eximendae, et similibus, nihil singulari animadversione dignum est. Sed regula generalis servari debet, ne aliter hisce uti liceat, quam postulat praedii necessitas, vel utilitas (1).

(1) *L. Ergo secundum* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*

SECTIO III.

De servitutibus exonerandi praedii caussa comparatis.

SUMMARIA.

Ad hanc classem pertinent servitutes projiciendi in fundum vicini terram, rudus, lapides; fructus cogendi, et aquam derivandi. §. 1191.

Servitus aquae derivandae in fundum alienum locum habet, cum neuter fundus superior, aut inferior est; vel eo derivari intenditur, quo naturaliter non fluit. §. 1192.

Cum aqua naturaliter fluit in fundum inferiorem, potest hujus dominus opus facere in fundo suo, quo eam avertat. §. 1193.

Fundi inferioris dominus cogere nequit superiorem, ut aquam naturaliter delabentem avertat: nisi opere sublato gravissimum inferiori damnum immineat. §. 1194.

Dominus fundi superioris efficere non potest, ut aqua praeter naturalem cursum delabatur in inferiorem, nisi servitus sit constituta. §. 1195.

Possunt quoque aliae similes servitutes constitui ex contrahentium, vel testatoris placito: dummodo conditiones omnes ad servitutem requisitae interveniant. §. 1196., *et* 1197.

Nec realis, neque personalis servitus est, cum testator, legatis quibusdam fundis, simul jussit, ut certa quantitas arundinis, et salicis praestetur. §. 1198.

Transitio ad ea, quae urbanis, et rusticis servitutibus aeque conveniunt. §. 1199.

§. 1191.

Ad tertiam rusticarum servitutum classem eae pertinent, quibus jus competit in praedium vicini quasdam res projiciendi, quo praedium nostrum exoneretur; veluti exportandi lapides, terram, ibique posita habendi (1): fructus etiam in vicini villa cogendi, et coactos habendi (2): potissimum vero aquam in fundum vicini derivandi (3).

(1) *L. Item sic possunt* 3. §. *Eodem* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Is, qui duo* 29. *ff. hoc tit.*

§. 1192.

Quod pertinet ad servitutem aquae in fundum alienum derivandae (caetera enim satis per se patent), observandum est, eam maxime locum habere, cum neuter fundus superior, aut inferior est; vel cum dominus fundi superioris aquam alio derivare vult, quam naturaliter fluat.

§. 1193.

Si aqua naturali cursu in fundum inferiorem delabatur, quamvis hic servitus quaedam adsit a natura ipsa constituta, quae pinguedine terrae in fundum inferiorem e superioribus decurrente compensatur (1), potest tamen fundi inferioris dominus, in vim libertatis naturalis, opus facere in fundo suo, quo superiorem aquam delabi impediat, quamvis alteri noceatur, dummodo aemulationis caussa non fiat opus (2). Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. de aqua, et aqu. pluv. arcend.* (39. 3.)

(2) *Idem Labeo ait, si vicinus flumen, vel torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse; aquam enim arcere, hoc esse, curare, ne influat: quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat. L. In summa* 2. §. *Idem Labeo* 9. *ff. eod tit.*

§. 1194.

In hoc igitur argumento distinguendum est, utrum aqua naturaliter in fundum inferiorem fluat, an opere manufacto. Si naturaliter fluat aqua, fundi inferioris dominus superiorem cogere nequit, ut eam divertat, vel impediat, quominus in inferiorem delabatur (1): nisi forte, opere sublato, gravissimum immineat damnum inferiori (2). Inferior tamen non prohibetur opus facere, ne sibi aqua noceat (3).

(1) *Sed et si vicinus opus tollat, et sublato eo, aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat, aquae pluviae arcendae agi non posse. L.* 1. §. *Sed et si vicinus* 22. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arcend.*

(2) *Plane si propter id opus sublatum vehementior aqua profluat, vel corrivetur; aquae pluviae arcendae actione agi posse, etiam Labeo confitetur. D. l.* 1. §. 22. *in fine.*

(3) *D. l. in summa* 2. §. *Idem Labeo* 9. *ff. eod. tit.*

§. 1195.

Sed fundi superioris dominus opere extructo efficere non potest, ut aqua, praeter naturalem cursum, in fundum inferiorem defluat, nisi servitus constituta sit (1).

(1) *L. Sicut autem* 8. §. *Aristo* 5. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.), *l. Is, qui duo* 29. *ff. hoc tit., d. l. In summa* 2 §. *ult. ff. de aqua, et aqu. pluv. arcend.* (39. 3.)

§. 1196.

Servitutum exemplo, quas hactenus memoravimus, licet contrahentibus, atque testatoribus alias imponere, vel constituere. Verum, nisi conditiones omnes ad servitutum realium, vel personalium naturam requisitae interveniant, obligatio quidem realis vel personalis erit, non autem servitus (1).

(1) *V. l.* 1. §. 1. *ff. de contrahend. empt.* (18. 1.), *l. Gajus Sejus* 12. *ff. de annuis legatis* (33. 1.)

§. 1197.

Attente igitur perpendenda sunt, non solum verba testatoris, et contrahentium, sed praesertim eorum mens inspici debet. Si onus fundo impositum personae utilitatem directe, et primario respiciat, servitus personalis erit: realis vero, si praedii utilitas potissimum versetur.

§. 1198.

Hinc Paulus speciem expendens de testatore, qui legatis quibusdam fundis simul jusserat, ut ex aliis praediis suis, arundinis, et salicis certa quantitas praestaretur, neque realem, neque personalem servitutem constitutam esse respondit, sed annuum legatum, quod, legatario decedente, expiret (1): personalis servitus non est, quia potius praedii caussa legatum hoc relictum fuerat, quam personae: sed neque realis, quia mens testatoris, prout ex ejus verbis colligi poterat, ea esse non videbatur, ut perpetuo arundinis, et salicis legatum duraret.

(1) *D. l.* 12. *ff. de annuis legatis.*

§. 1199.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

Sed satis, superque dictum est de iis, quae servitutibus praediorum urbanorum, et rusticorum speciatim accommodantur: regulae quaedam generales subjiciendae sunt, quae utrique servitutum generi aeque conveniunt, ut earum indoles plene innotescat, prout in Pandectis factum est.

CAPUT. IV.

Communia praediorum tam urbanorum, quam rusticorum.

Instit. lib. 2. tit. 3. *De servitut. urban., et rustic. praed.*
Digest. lib. 8. tit 6. *Commun. praed. tam urban., quam rustic.*
Cod. lib. 3. tit 34. *De servit., et aqua.*

SUMMARIA.

Affertur ratio singularis hujusce capitis. §. 1200.

Unica est servitus, quae uni praedio debetur; multiplex, quae in plurium agrorum utilitatem constituta est. §. 1201.

Servitutes ex die, in diem, sub conditione, et modo constituuntur: in haeredes transeunt: per se in omittendo, vel patiendo consistunt. §. 1202.

Servitutes odiosae sunt, nec praesumuntur; sed demonstrari debent legitime constitutae. §. 1203.

Concessa servitute non amplius tributum existimatur, quam expressum est: nisi alterum ab altero separari nequeat. §. 1204.

Concessio subsequens non extenditur ad ea, quae prius speciatim prohibita fuerant, quantumlibet amplissimis verbis concepta sit. §. 1205.

Probantur servitutes testibus, instrumentis, et judicum pronunciationibus: conjecturales probationes, praesertim in antiquis aliquando admittuntur. §. 1206.

Cum de possessione contenditur, onus probandi incumbit negatoria agenti, si fassus fuerit, adversarium esse in possessione. §. 1207.

In servitutibus uterque actor existimatur, tum ille, qui servitutem sibi deberi asserit; tum praedii dominus, qui ejus libertatem vindicat. §. 1208.

Qui fatetur adversarii possessionem, potest adhuc legitimis probationibus praedii sui libertatem demonstrare. §. 1209.

Transitio ad modos, quibus servitutes amittuntur. §. 1210.

§. 1200.

Quamvis ea, quae ad servitutes urbanorum, et rusticorum praediorum spectant, tum in quibus conveniunt, tum in quibus discrepant, praecipua saltem, prout sese obtulit occasio, tradiderimus; non inopportunum tamen erit, exemplo jureconsultorum, simul omnia congerere, ita tamen, ut obiter tantum attingantur, quae jam dicta sunt, reliqua vero fusius explicentur.

§. 1201.

Praetermittimus, quae de modis constituendae servitutis diximus (§. 906, et seqq.), ejusque conditionibus (§. 925, et seqq.): quod demonstravimus in ea quaestione, an unica servitus sit, an plures dici debeant, inspiciendum esse, utrum pluribus praediis debeatur, an uni tantum (§. 902.); itaut unica sit, quae uni praedio debetur, multiplex vero existimetur, quae in plurium agrorum utilitatem constituta est; quarum idcirco una amitti potest, quin caeterae extinguantur (§. 903.)

§. 1202.

Neque etiam memoro, quod traditum fuit, servitutes tum urbanas, tum rusticas ex die, in diem, vel sub conditione posse constitui (§. 944.), precario concedi (§. 947.), modum habere ex placito testatoris, vel contrahentium (§. 945.); concessa servitute ea omnia tributa reputari, sine quibus inutilis esset servitus (§. 953.): in haeredes, et successores etiam singulares transferri una cum fundo, cui inhaerent, dummodo non promissae tantum, sed jam constitutae fuerint (§. 956.). Servitutum naturam per se non in faciendo, sed tantum in omittendo, vel patiendo consistere (§. 886.); a qua tamen regula usu fori recessum est (§. 995.); tum etiam constitui posse servitutem fundo, vel in utilitatem fundi, qui adhuc comparatus non est (§. 993.)

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 1203.

Servitutes quoque odiosas esse, adeoque strictam eorum fieri debere interpretationem, demonstravimus (§. 882.); utpotequae naturali libertati adversantur. Quare regulariter non praesumuntur, sed probari debent (1): atque sufficit, ut ille, qui liberum ab omni servitute praedium suum contendit, ejus dominium probet: quo praestito, onus servitutem probandi, testamento, pactionibus, vel praescriptione quaesitam, incumbit asserenti, qui servitutem vindicat (2).

(1) *L. Cum eo* 9. *ff. de sevitutib. praed. urban.* (8. 2.), *l. Si in aedibus* 9. *cod. hoc tit.*

(2) *L. De servitutibus* 2. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.), *l. Sive possidetis* 16. *cod. de probationib.* (4. 19.)

§. 1204.

Hinc plura maximi momenti fluunt consectaria: veluti non amplius tributum videri, quam quod expressis verbis concessum est; itaut pro omisso haberi debeat illud, de quo specialis mentio facta non est (1): nisi forte alterum ab altero separari nequeat; tunc enim, ne perperam egisse contrahentes judicentur, atque ex tacita, et probabili eorum voluntate, concessa servitute, ea omnia tributa videri diximus, sine quibus servitus inutilis fieret (§. 953.): puta iter ad aquam hauriendam e fonte privato, quamvis, expressis verbis, tantum fuerit constituta servitus aquaehaustus, et vicissim (§. 1140.).

(1) *L.* 1. §. *Julianus* 5. *ff. de itin. actuque privat.* (43. 19.)

§. 1205.

Hinc etiam colligit Faber, concessionem subsequentem, amplissimis licet verbis conceptam, ad ea non extendi, quae prius speciatim prohibita fuerant (1): veluti ne molendinum aedificare possit ille, cui permissum fuerat, ut in ripa fluminis aedificaret, quidquid vellet, praeterquam molendinum; deinde concessum ei fuit, ut in fundo ripae proximo extrueret aedificia cujusque generis, sive voluptuaria, sive necessaria: maxime si ex molendini constructione damnum inferatur concedenti, vel alteri, qui jus anterius ab eo habeat: quo casu ita interpretandam esse sentit generalem, et amplissimam hujusmodi concessionem, etiamsi inutilis fiat (2); licet enim, ita plerumque explicanda sint contrahentium verba, ut aliquid operentur (§. 195. D.), semper tamen damnum alterius exceptum intelligi debet (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *defin.* 7. *ex l. Qui peculii* 46. *ff. de peculio* (15. 1.), *l. Obligatione* 6. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *Fab. d. def.* 7.

(3) *L. Praeses.* 6. *cod. hoc tit. l. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco publ.* (43. 8.)

§. 1206.

Servitutes regulariter non praesumi diximus, sed probandas esse (§. 1203.): quod aliquanto fusius explicandum est. Regulariter non praesumuntur servitutes utpote contra naturalem praedii libertatem; ergo probandae sunt consuetis rationibus, videlicet testi-

Inst. l. 2 tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3 tit. 34.

bus, instrumentis, judicum etiam pronuntiationibus. Neque hisce tantum modis probari possunt, sed et conjecturales probationes, praesertim in antiquis, in hac re admittuntur (1). Conjecturae autem desumi possunt ex alterius praedii conditione, situ, figura; puta, si de servitute aquaeductus, vel aquaehaustus quaestio sit, ex sitientis agri omnimoda necessitate: si alius non pateat aditus ad praedium, cum itineris, actus, vel viae servitus debita contenditur: gravissimum damnum vicini luminibus fiat, si alia domus magis attollatur, et similibus.

(1) *Leviores enim probationes recipiuntur in illis, quorum probatio difficilis est. L. Non omnes* 5. §. *A barbaris* 6. *ff. de re militari* (49. 16.)

§. 1207.

Amplius neque servitutis constitutae probatio necessaria est, cum de possessione disputatur, si negatoria agens fateatur alterum esse in possessione servitutis (1); vel saltem ea fecisse, quae in vim servitutis plerumque fieri solent, puta jumentum, aut vehiculum duxisse, quamvis haec non servitutis, sed familiaritatis, vel precarii jure, vel clam facta fuisse contendat (2); precarii enim, et familiaritatis jus ad donationem accedit; delictum vero sapit, quod clam fit, adeoque praesumi non debent (3). Quare praesumptio fortior infirmiorem tollit, ut in alterum contrariae probationis onus transferatur (4).

(1) *Faber cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 8.

(2) *Fab. d. def.* 8. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

(3) *L. Cum de indebito* 25. *in med. ff. de probationib.* (22. 3.), *junct. l. Filiusfamilias* 7. *ff. de donationib.* (39. 5.), *l. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2,), *l. Quoties operae* 18. *ff. de probat.*

(4) *L. Si chirographum* 24. *ff. de probationib.*, *l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest.* (3. 5.), *l. Alimenta* 11. *cod. eod. tit.* (2. 19.)

§. 1208.

Servitutis igitur probatio ab eo non exigitur, qui, fatente adversario, in ejus possessione est; sed libertas praedii ab asserente ostendi debet; generalis enim regula est, ei probandi onus incumbere, contra quem stat praesumptio (1), sive actor sit, sive reus, quia et reus excipiendo fit actor (2): quamquam hoc speciale est in servitutibus, ut actor uterque videatur (3).

(1) *L. Ab ea parte* 5., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probat* (22. 3.)

(2) *L. In exceptionibus* 19. *ff. eod. tit.*

(3) §. *Aeque* 2. *instit. de actionib.* (4. 6.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 8. *num.* 4. *in corp.*

§. 1209.

Hinc patet, negatoria agenti viam adhuc superesse, qua praedii sui libertatem vindicet (quae enim de servitutis praesumptione diximus, potius ad judicium possessorium pertinent, non autem ad petitorium, ut vocant, seu ad ipsum jus libertatis), dummodo ante completum praescriptionis tempus quaestio haec instituatur (1).

(1) *L. Si aquam* 2. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 6.

§. 1210.

Haec fere sunt, quae tum urbanis, tum rusticis servitutibus aeque conveniunt. Inquirendum superest, quibus modis servitutes amittantur; in quo eadem pariter conditio est utriusque generis servitutum.

CAPUT V.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

Quemadmodum servitutes amittantur.

SUMMARIA.

In hac re distingui debent servitutes constitutae ab illis, quae tantum promissae sunt. §. 1211.

Promissae servitutes amittuntur, cum vicinus fundum vendit, vel ejus partem, in cujus utilitatem constituendae erant. §. 1212.

Potest ille, cui servitus promissa fuerat, fundum vendendo, jus suum in emptorem transferre. §. 1213.

Si legatarius vendat fundum, in cujus utilitatem cessura erat servitus, etiam nondum agnito legato, emptori jus servitutis acquiritur. §. 1214.

Referuntur quinque modi, quibus servitutes jam constitutae amittuntur, seu extinguuntur. §. 1215.

In primis extinguuntur renunciatione expressa, vel tacita; dummodo ab eo fiat, qui fundi plene dominus sit. §. 1216.

Tacita renunciatio contingit, cum ille, cui debetur servitus, permittit domino fundi servientis, ut opus faciat, quo servitutis usus impeditur. §. 1217.

Tacite quoque remissa censetur servitus accessoria ab eo, qui principalem remittit: veluti itineris, aquae hauriendae caussa, ab eo, qui aquaehaustui renunciat. §. 1218.

Cum utraque servitus per se subsistit, ita interpretanda est unius remissio, ne alterius servitutis usum impediat. §. 1219.

Si ille, qui jus habet aquae ducendae per fundum alienum, et simul impediendi vicinum, ne in eo aedificet, vicino permittat aedificium, ita extrui debet, ne aquaeductus impediatur. §. 1220.

Servitus pro parte remitti non potest; nec ab uno ex sociis; nec pro parte adimi: quae tamen toti fundo imposita est, pro ejus parte remitti potest. 1221.

Neque proprietarius, neque usufructuarius, nec tutor, aut maritus remittendae servitutis potestatem habent, §. 1222.

2. *Extinguitur servitus confusione, seu consolidatione.* §. 1223.

Fundus communis servire potest ei, qui proprius sit alterius ex sociis. §. 1224.

Cum dominus praedii, cui servitus debetur, servientis fundi partem acquirit, adhuc consistit servitus, quae fundo generatim imposita fuerat. §. 1225.

Cum servitutis locus designatus est, amittitur servitus, si ea pars acquiratur. §. 1226.

Proponitur quaestio, utrum cessante confusione pristina servitus reviviscat. §. 1227.

Servitus confusione extincta non reviviscit, si confusio ex sui natura irrevocabilis sit; veluti quae descendit ex contractu emptionis. §. 1228.

Officio judicis redintegrari debet servitus, soluto matrimonio, mulieri, quae praedium dominans in dotem tribuit. §. 1229.

Servitus debita praedio dotali a fundo, quem maritus constante matrimonio acquisivit, deinde non restaurata servitute distraxit, soluto matrimonio, mulieri non amplius praestatur, nisi maritus solvendo non sit. §. 1230.

Cur haereditate vendita restituendae sint in pristinum statum, favore emptoris, servitutes omnes, quae per aditionem haereditatis confusae fuerunt? §. 1231.

Servitus debita a fundo haeredis praedio haereditario, sub conditione legato, existente conditione per se reviviscit. §. 1232.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

3. *Extinguuntur servitutes extincto praedio dominante, vel serviente; sed eo restaurato, ipsae quoque reviviscunt.* §. 1233.

Praedium restauratum, aequitatis, ac publicae utilitatis ratione, idem reputatur, quod prius fuerat. §. 1234.

Quamvis praedium post longissimum tempus reficiatur, servitus tamen redintegrari debet. §. 1235.

Extinguitur servitus, cum ille, qui servitutem debet, opus fecit, et per tempus, praescriptioni inducendae necessarium, servavit, patiente altero. §. 1236.

Servitus non extinguitur, cum agri tantum forma immutatur; nisi aliud convenerit. §. 1237.

4. *Amittuntur servitutes praescriptione, ordinaria quidem illae, quae continuam caussam habent.* §. 1238.

Servitutes discontinuae amittuntur viginti annorum spatio, nulla facta distinctione inter praesentes, et absentes. §. 1239.

Sententia haec verbis, et sententia Justinianeae sanctionis continetur. §. 1240.

In hac quaestione locum habere debet vulgatum axioma, distinguendum non esse, ubi lex ipsa non distinguit. §. 1241.

Favorabilior est caussa amissionis servitutum, quam acquisitionis. §. 1242.

Usu retinetur servitus, quamvis ille, cui debita est, per se non utatur, sed per alium quemcumque, sui ipsius nomine. §. 1243.

Requiritur tamen ad retinendam usu servitutem, ut quis tamquam debito sibi servitutis jure usus sit. 1244.

Servitutem amittit, qui non utitur eo modo, quo conventum fuit. §. 1245.

Servitus non amittitur a sociis, qui privata voluntate servitutis tempus inter se permutaverunt. §. 1246.

Utrumque tempus auctoris, et successoris simul junguntur, ut per non usum fundi libertas usucapiatur. §. 1247.

Si praedium dominans in plures partes tribuatur, retineri potest servitus ab uno, amitti non usu ab altero. §. 1248.

Cum praedium serviens dividitur, servitus retinetur ab eo, qui per alterum ex praediis solummodo iter facit, si servitutis locus definitus fuerit, et praedium per longitudinem divisum sit. §. 1249, et 1250.

Si praedium dividatur per viae latitudinem, nulla contingit mutatio, quoad jus servitutis; sive aequalem fundi partem uterque habuerit, sive inaequalem. §. 1251, et 1252.

Si diviso fundo per viae latitudinem, viae locus totus sit in altera parte, non retinetur servitus, nisi per hanc iter fiat. §. 1253.

Si dividatur fundus serviens, cum itineris locus definitus non erat, retineri potest servitus per unum fundum, non usu amitti per alium. §. 1254.

Dispendium, quod patitur ille, cui servitus debita est, compensatur ex duplici servitute, quam ex divisione acquirit. §. 1255.

Abusu non amittitur servitus. §. 1256.

Referuntur consectaria hujus assertionis. §. 1257.

Servitus tantum promissa non usu non amittitur; nec ea, quae duobus ejusdem communis fundi dominis legata est, quamdiu locus servitutis definitus non fuit. §. 1258.

Servitus debita fundo communi inter pupillum, et majorem ex persona pupilli retinetur. §. 1259.

Servitutes rusticae solo non usu amittuntur: in urbanis vero praeter non usum ejus cui debentur, requiritur actus, quo alter libertatem suam vindicet. §. 1260.

Unaquaeque res eodem modo dissolvi debet, quo fuit colligata. §. 1261.

Praescriptio urbanarum servitutum bonam fidem desiderat; non ea, quae ad rusticas servitutes pertinet. §. 1262, et 1263.

Expenditur Pauli responsum, quo tradit, eum, qui vi dejectus fuit a via, per quam iter habebat, servitute privari. §. 1264. Inst. l. 2. tit. 3.

Cum res incorporales quasi possessionem admittant, ab ea, vi adhibita, quis dejici potest. §. 1265. ff. l. 8. tit. 6.

Postremo extinguitur servitus soluto jure auctoris, qui eam concessit; puta vassalli, et emphyteutae. §. 1266. Co. l. 3. tit. 34.

Servitus ab haerede imposita fundo, sub conditione legato, existente conditione extinguitur. §. 1267.

Transitio ad servitutes personales. §. 1268.

§. 1211.

Perpensis modis, quibus servitutes constituuntur, tum quae specialia sunt singularum servitutum, et omnibus communia, inquirendum superest, quibus modis amittantur. In hac re distinguendae sunt servitutes constitutae ab illis, quae tantum promissae sint, vel etiam cessae, cum tamen non adhuc intervenerit actus ille, qui traditionis vices sustinet (§. 744.)

§. 1212.

Servitutes tantummodo promissae amittuntur, si vicinus distrahat fundum, vel partem fundi, in cujus utilitatem constituendae erant (1); si enim totum fundum vendat, consistere amplius servitus nequit (§. 926.): quod si pars tantum vendita fuerit, inutilis etiam fieri debet promissio; utpteoquia pro parte dominii servitus acquiri non potest (2): quamvis nihil vetet, quominus acquisita pro parte retineatur (3).

(1) *Si quis viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum, partemve ejus ante servitutem constitutam alienaverit, evanescit stipulatio. L. Si sub una* 136. §. 1. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.)

(2) *Pro parte dominii servitutem adquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo, si quis fundum habens, viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. L. Pro parte* 11. *ff. de servit.* (8. 1.)

(3) *L. Pluribus rebus* 140. §. *ult. ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

§. 1213.

Sunt tamen, qui putant, licere ei, cujus favore servitutis promissio facta fuit, jus suum in emptorem transferre, ex quo promissor teneatur emptori servitutem constituere; cum generalis sit juris regula, quemlibet posse actiones sibi competentes alteri cedere, nisi lege, vel conventione prohibeatur: nulla autem specialis contraria lex in hac re proferri potest; nec obstat conventio, ut supponimus.

§. 1214.

Haec quidem ad servitutes contractu promissas pertinent: quae enim testamento legatae sunt, quamvis legatarius fundum, in cujus utilitatem cessurae erant, nondum agnito legato, distrahat, in emptorem transeunt, quin actionum cessio necessaria sit; cum immo non liceat legatam servitutem repudiare in emptoris detrimentum, nisi forte onus aliquod adjunctum habeat (1); utpotequia rei legatae dominium legatario ipso jure acquiritur (2).

(1) *L. Si partem* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. A Titio* 64. *ff. de furtis* (47. 2.), *l. Si tibi homo* 86. §. *Cum servus* 2. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), §. *Sed olim* 2. *instit. de legat.* (2. 20.)

§. 1215.

Constitutae servitutes quinque modis extinguuntur, seu amittuntur; videlicet. 1. Remissione expressa, vel tacita. 2. Confusione, seu consolidatione. 3. Interitu alterutrius praedii, dominantis, vel servientis. 4. Praescriptione. 5. Soluto jure auctoris.

§. 1216.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

In primis igitur servitutes expressa, vel tacita remissione, seu renunciatione amittuntur. De expressa renunciatione nulla est dubitatio, dummodo ab eo fiat, qui plenum fundi dominium habeat: quae conditio ad tacitae quoque remissionis vim desideratur. (1).

(1) *L. Pro parte* 11. *in fine ff. de servit.* (8. 1.) *l. Legata* 14. §. 1. *ff. de adimendis, vel transferend. legatis* (34. 4.)

§. 1217.

Tacita renuntiatio pluribus modis contingere potest: veluti. 1. Si ille, cui servitus debetur, servientis fundi domino concedat, ut opus faciat, quo servitutis usus impediatur. Quare servitutem stillicidii in aream vicini avertendi, vel per eundem iter habendi remittere existimatur, qui vicino permittit, ut in area aedificet, ex quo fiat, ut stillicidium amplius averti nequeat, nec iter haberi (1).

(1) *L. Si stillicidii* 8. *ff. hoc tit.*

§. 1218.

Alterum tacitae remissionis exemplum habemus in eo casu, quo duplex sit constituta servitus, quarum altera principalis sit, altera accessoria, et a priore dependens; priore remissa, posterior quoque extingui debet (1). Si ergo jus mihi competat transeundi per agrum vicini, aquae hauriendae caussa, aquaehaustus servitute remissa iter quoque indultum censetur, utpotequod non per se, sed propter aquaehaustum concessum fuerat: eadem fere ratione, qua iter ab eo amittitur, qui aquaehaustum habens, per tempus, quo servitus praescribitur, ad fontem quidem ierit, non tamen hauserit aquam (2). Sane cum unaquaeque res eodem modo dissolvatur, quo fuit colligata (3), quemadmodum, concesso aquaehaustu, iter quoque ad aquam hauriendam tributum existimatur (§. 1140.), ita remisso aquaehaustu, itineris quoque, hauriendae aquae destinati remissio consequenter facta videtur.

(1) *L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Labeo ait: si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem, nec tamen aquam hauserit, iter quoque eum amisisse. L. Labeo* 17. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.*

§. 1219.

Si autem utraque servitus principalis sit, nec una ab altera pendeat, non tantum ex unius remissione ad alteram inferri nequit; sed prioris renunciatio ita explicari debet, ne alterius servitutis usum impediat, vel deteriorem efficiat, ita suadente praesumpta renunciantis voluntate (1).

(1) *L. Cum. de indebito* 25. *ff. de probat.* (22. 3.)

§. 1220.

Si ergo jus alteri competat aquae per alienum fundum ducendae, et simul vicinum impediendi, ne in fundo suo aedificet, tributa facultate aedificii construendi vicinus ita debet uti, ne aquaeducti obstet (1): quinimmo, si extructo aedificio futurum sit, ut aqua duci amplius nequeat, nec aedificare licebit; atque inutilis fiet hujusmodi servitutis remissio; utpotequae alteram everteret contra renuntiantis voluntatem (2).

(1) *L. Si mihi eodem* 20. *in princ. ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

(2) *Argum. l. Si domus* 21. *ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)

§. 1221.

Remissione ergo, prout explicavimus, extingui potest servitus; sed haec vim habere non potest, nisi tota servitus remittatur; cum servitutes ex earum rerum numero sint, quae divisionem non patiuntur (1). Quare servituti, fundo communi debitae, alter ex sociis pro parte sua renunciare non potest (2): neque testatori permittitur, ut legatae servitutis partem adimat (3). Nihil tamen obstat, quominus servitus, toti fundo imposita, pro parte fundi remittatur (4); ita enim servitus non dividitur, sed ejusdem usus coercetur, quod servitutum indoli non repugnat (5).

(1) *L. Pro parte* 11. *ff. de servitutib.* (8. 1.) Inst. l. 2. tit. 3.
(2) *L. Unus ex sociis* 34. *ff. de servitut. praed. rustic.* (8. 3.) ff. l. 8. tit. 6.
(3) *D. l. Pro parte* 11. *in fin. ff. de servitutib.*, *d. l. Legata* 14. §. 1. *ff. de adimend.*, *vel transferend. legatis* (34. 4.) Cod. l. 3. tit. 34.
(4) *L. Ad certam* 6. *de servitutib.*
(5) *L. Servitutes* 4. §. 1., *et* 2., *l. Via* 5. §. 1., *l. Si cui simplicius* 9. *ff. eod. tit.*

§. 1222.

Quemadmodum vero servitutes constitui nequeunt, praeterquam ab eo, qui plenum fundi dominium habet (§. 934.), idem quoque jus in remittente desideratur, ut vires sortiatur renunciatio (1). Quare nulla est remissio servitutis facta ab eo, qui fundi tantum proprietatem habet, vel usumfructum (2). Neque tutori licet servitutem pupillari fundo debitam condonare (3); nec marito eam, qua fundus dotalis potiatur (4).

(1) *L. Sed si quid* 15. §. *ult. ff. de usufruct.* (7. 1.)
(2) *D. l.* 15. §. *ult.*
(3) *L. Sed si pecunia* 3. §. *Nec ususfructus* 5. *ff. de reb. eorum.* (27. 9.)
(4) *L. Julianus* 5. *ff. de fund. dotali* (23. 5.)

§. 1223.

2. Extinguitur servitus confusione, seu consolidatione, cum utriusque praedii dominantis, et servientis idem dominus fit (1); ut enim vulgatum fert axioma, res sua nemini servit (2). Quare, si duo ejusdem, pro indiviso communis, fundi domini alium communiter acquirant, qui servitutem debeat, extinguitur servitus; cum par utriusque in empto fundo sit jus (3).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Uti frui* 5. *ff. si ususfructus petatur.* (7. 6.)
(3) *Si communi fundo meo, et tuo serviat fundus Sempronianus, et eundem in commune redemerimus, servitus extinguitur; quia par utriusque domini jus, in utroque fundo, esse incipit. L. Si communi* 27. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 1224.

Aliud est, si duo communiter emant fundum, qui servitutem prius debebat alteri fundo, qui proprius unius sit; nihil enim in hac specie obest, quominus consistat servitus; cum fundus communis proprio alterius fundo servire possit (1): neque videtur res proprio domino servire, quia res communis pro parte aliena est (2).

(1) *At si proprio meo, et proprio tuo idem serviat, manebit servitus; quia proprio fundo per communem servitus deberi potest. D. l.* 27. *ff. de servit. praed. rustic.*
(2) *L. Illud dubitationis* 46. *ff. de rit. nuptiar.* (23. 2.), *l. Pupillus* 239. *ff. de verbor. signific.* (50. 16.)

§. 1225.

Utrum servitus extinguatur, cum dominus praedii, cui debetur servitus, non integrum servientem fundum, sed ejus tantummodo partem acquirit, dubitari potest. Distinguendum est in hac re. Vel servitus, itineris puta, generatim fundo imposita fuit, non definita parte, per quam iter haberi debeat: vel locus itineris partium conventione fuit determinatus. In priore specie adhuc subsistit servitus, eaque constitui debet in parte, quae penes servientem fundi dominum remanet; nisi forte itineri apta non sit (1).

(1) *L. Nam satis* 6. §. 1. *circa medium ff. hoc tit.*

§. 1226.

Cum autem definitus fuit itineris locus, non extinguitur servitus, nisi empta proponatur pars fundi, quae servitutem patitur (1); etenim diversae fundi partes veluti duo fundi considerantur, adeoque eaedem omnino regulae servari debent, ac si duo essent fundi.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Co. l. 3. tit. 34. (1) *D. l. 6. §. 1. ff. hoc tit. Atque secundum hanc distinctionem explicari debet Paulus in l. Si quis aedes 30. §. 1. ff. de servitutib. praed. urban. (8. 2.) cum ait, non confundi servitutem, sed pro parte retineri, cum quis nactus est partem praedii, quod sibi, aut cui servitutem debebat.*

§. 1227.

Si forte confusio, seu consolidatio dominantis, et servientis praedii cesset, utrum pristina servitus reviviscat etiam distinguere oportet inter consolidationem, quae natura sua irrevocabilis, et perpetua sit; atque aliam, quae facile possit retractari.

§. 1228.

Si consolidatio ex sui natura perpetuo duratura sit, quemadmodum in emptione contingit, semel extincta servitus non reviviscit, quamvis alterutrum ex duobus praediis sive dominans, sive serviens vendatur; nisi ita expresse conventum fuerit (1); jus enim omnino extinctum per se in pristinum restitui non potest, nisi nova caussa interveniat.

(1) *Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit; confusa, sublataque servitus est: et, si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est; alioquin liberae veniunt. D. l. Si quis aedes 30. ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)

§. 1229.

Verum servitus renascitur dirempta consolidatione, quae ex sui natura revocabilis est: puta si mulier in dotem marito tradat dominantem, aut servientem fundum; quippe matrimonio per mortem, aut alia quacumque ratione soluto, itaut dos mulieri, vel ejus haeredi restitui debeat, redintegrari servitutem, non quidem per se, sed officio judicis convenit (1).

(1) *L. Si maritus 9. §. 1. ff. de fundo dotali* (23. 5.)

§. 1230.

Neque huic sententiae adversatur idem Julianus, cum ait, servitutem dotali praedio debitam a fundo, quem maritus constante matrimonio acquisivit, atque rursus, neutiquam restaurata servitute, distraxit, mulieri soluto matrimonio amplius non redintegrari, nisi maritus, qui litis aestimationem praestare deberet, solvendo non sit (1); potius enim nobis favet; utpotequi de consolidatione agit, quae titulo emptionis facta sit, adeoque perpetua ex sui natura, et irrevocabili: idcirco secundum regulas modo praestitutas renasci non debet servitus. Quamquam, quia ex parte fundi dotalis confusio per se revocabilis est, utilem mulieri actionem leges concesserunt, ut servitutis redintegrationem obtineat, si maritus non sit solvendo (2).

(1) *D. l. Si maritus 7. in princ. ff. de fund. dot.*

(2) *D. l. 7. §. 1. in fine princ.*

§. 1231.

Nec pariter nocet, quod tradit Pomponius, vendita haereditate, restituendas esse favore emptoris in pristinum statum servitutes, quae per aditionem confusae fuerant (1); redintegratio enim haec non innititur indole consolidationis, quae revocabilis sit, sed menti contrahentium, quae esse videtur, ut jura omnia haeredi competentia in emptorem caussae universalis transferantur; quippequi non equidem nomine, sed re ipsa haeres est, quemadmodum idem Pomponius innuit (2).

(1) *Si ei, cujus praedium mihi serviebat, haeres extiti, et eam haereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet. L. Si ei 9. ff. commun. praed.* (8. 4.)

(2) *Quia id agitur, ut quasi tu haeres videaris extitisse. D. l. 9. in fin.*

§. 1232.

Eadem ratio est servitutis debitae a fundo haeredis praedio haereditario, quod sub aliqua conditione legatum sit, aut viceversa: existente, aut impleta conditione, sponte reviviscit utriusque generis servitus (1). Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Papinianus* 18. *ff. de servitut.* (8. 1.)

§. 1233.

3. Extinguuntur servitutes, si alterum ex praediis, sive dominans, sive serviens, intereat; quippequae praedio inhaerent, atque ejusdem qualitates considerantur (1). Sed si restauretur praedium, puta aedificium, cui servitus debebatur, vel quod servitutem praestabat, sponte reviviscet servitus, quamvis tantum temporis forte effluxerit, quantum requiritur ad complendam servitutum praescriptionem (2).

(1) *L. Quid sunt aliud* 86. *ff. de verbor. signif.* (50. 16.)

(2) *L. Si locus* 14. *ff. hoc tit.*

§. 1234.

Equidem, si stricte loqui velimus, restauratum aedificium diversum est ab eo, quod prius corruit. Verum aequitas, et publica utilitas, quae suadent, ut perpetuae sint servitutes, non patiuntur, ut hujusce severitatis ratio habeatur (1): eo vel maxime, quod nulla imputari potest culpa ei, cui servitus debetur, quia prius refectio servientis aedificii secuta non sit, cum vicinum ad instaurandum praedium cogere nequeat (2). Jure ergo legitime quaesito impune privari non debet (3).

(1) *L. Servitutes* 20. §. *Si sublatum* 2. *ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)

(2) *L. Quotiens* 15. §. 1. *ff. de servitutib.* (8. 1.)

(3) *L. Et Atilicinus* 35. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 1235.

Culpae omnis expers profecto videri non potest ille, cui servitus debetur, cum aedificium dominans dirutum est, utpotequi illud reficere potest. Verum, quia non ita raro contingit, ut quaedam obstent impedimenta, inter quae frequentissimum est pecuniae inopia, non potest ei culpa imputari, ex qua servitutem amittat, etiamsi post longissimi temporis spatium eversas aedes instauret.

§. 1236.

Potius extinctam servitutem dicimus in eo casu, quo ille, qui servitutem debet, puta altius non tollendi, altius tamen extulit aedificium, atque eo temporis spatio, quo praescriptio inducitur, elatum habuit, sciente, et consentiente eo, cui servitus debita erat; ita quippe patiendo, juri suo renunciasse non temere judicatur (§. 923., et seqq.).

§. 1237.

Cum sublatum non est aedificium, sed ejus tantummodo forma, vel destinatio immutata fuit, servitus non extinguitur, puta si vineae in agros, vel silvas convertantur; servitutes enim, praesertim rusticae, superficiei adhaerere non reputantur, sed solo, quod idem semper manet: nisi tamen expresse, vel tacite aliud conventum fuerit (1).

(1) *L. Certo generi* 13. *ff. de servitut. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 1238.

4. Amittitur servitus praescriptione, atque in hac etiam re secernere oportet servitutes continuas a discontinuis. Continuae servitutes, quales reputantur illae, quarum usus longiore unius diei spatio impeditus non est (1), etiamsi una tantum hora quotidie iis uti liceat (2), consueto temporis spatio decem annorum inter praesentes, et viginti inter absentes per non usum amittuntur (3).

(1) *Si vero alternis diebus, aut die toto, aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur. L. Si sic constituta* 7. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. (2) *Nam etsi alternis horis, vel una hora quotidie servitutem habeat, Servius scribit, perdere eum, non utendo, servitutem; quia id, quod habet, quotidianum sit. D. l. 7. in fine.*

Cod. l. 3. tit. 34. (3) *Ut omnes servitutes non utendo amittantur...., decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes. L. Sicut usumfructum* 13. *cod. hoc tit., d. l.* 7. *ff. hoc tit.*

§. 1239.

Servitutes vero discontinuam caussam habeutes, quibus puta nonnisi alternis annis, vel mensibus uti licet, antiquo quidem Romanorum jure nonnisi duplicato temporis spatio extinguebantur (1): novissimo vero jure, quod Justinianus induxit, probabilius videtur non usu amitti viginti annorum spatio, nulla facta distinctione praesentes inter, vel absentes (2).

(1) *Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum vel uno mense, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur: quia non est continuum tempus, quo, cum uti non potest, non sit usus. Itaque, et si alternis annis, vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. D. l. 7. ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. cod. hoc tit.*

§. 1240.

Equidem Justinianus tantum meminit servitutum, quarum usus nonnisi una die singulis quinquenniis pateret. Verum hinc potius firmatur sententia, quam modo proposuimus; si enim viginti annorum spatio praescribuntur servitutes, quibus uno tantum die per quinquennium uti licet, potiori ratione non utendo amitti debent, quarum usus frequentior est; utpotequia gravioris negligentiae reus sit, qui servitute sibi competente non utitur. His addi potest, legis rationem, quae a Justiniano subjicitur, videlicet nimis seram esse poenitentiam post tantum temporis spatium (1), magis aptari caeteris casibus.

(1) *Qui enim in tam longo, prolixoque spatio suum jus minime consecutus est, sera poenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat. D. l. ult. in fine princ. cod. hoc tit.*

§. 1241.

Non desunt, qui adhuc distinguendum putant, secundum generales juris regulas, ab eodem Justiniano constitutas, inter praesentes et absentes (1); itaut posterior lex (2) suppleri debeat ex priore. Verum, cum lex posterior generalibus concepta sit verbis, nec ullam distinctionem adhibendam esse innuat, quam immo respuere videtur subjecta ratio, quod sera sit poenitentia post viginti annorum spatium (3), locum habere debet in hac quaestione vulgatum axioma: distinguendum non esse, ubi lex ipsa non distinguit (4).

(1) *D. l. Sicut usumfructum* 13. *cod. hoc tit.*

(2) *D. l. ult. cod. hoc tit.*

(3) *D. l. ult. in fine princ.*

(4) *L. De pretio* 8. *ff. de public. in rem act.* (6. 2.)

§. 1242.

Neque objici potest, quod supra tradidimus, servitutes discontinuas nonnisi quadraginta annorum praescriptione acquiri (§. 911.); longe enim favorabilior est amissionis, quam acquisitionis caussa. Cum de amissione quaestio est, id agitur, ut fundus pristiuam naturalem libertatem recipiat: cum autem servitus praescriptione acquirenda est, vicinus intendit naturalem alterius libertatem infringere, et coercere. Quemadmodum ergo praescriptione triginta annorum Ecclesia privilegio suo excidit, quamvis regulariter quadraginta anni desiderentur, ut adversus Ecclesiam praescribatur; quia per amissiouem privilegii res ad jus commune reducitur, quod publicae

utilitati consentaneum est; adeoque brevius temporis spatium sufficere debet, quam ut jus Ecclesiae competens praescriptione adimatur (§. 221. 1.), ita a regulis juris, et aequitatis alienum dici nequit, longiore opus esse temporis spatio, ut servitutes discontinuae acquirantur, quam ut amittantur.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 1243.

Caeterum servitus usu retinetur, etiamsi per se non utatur, qui eam habet; sufficit enim, alterum quemcumque illius nomine uti, puta socium, usufructuarium, possessorem bonae fidei, colonum, mercenarium, hospitem (1), vel quemlibet alium; dummodo quasi debita via usus sit (2). Amplius etiam Celso placuit, servitutem aquaeductus retineri, quamvis alter eo usus non sit, si modo aqua per se sponte fluxerit (3): quae sententia eo fundamento innixa videtur, quod naturalem libertatem, per non usum alterius, recepisse videri nequeat fundi servientis dominus, quamdiu aqua per eum fluxit.

(1) *L. Servitus* 5., *l. Qui fundum* 12., *l. Usu* 20., *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *L. Denique* 22. *ff. hoc tit.*

(3) *Quare fortius, et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquae ducendae retinetur: quod et Sabino recte placuit. D. l.* 12. *in fine ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Quaesitum est* 21. *ff. de aq. quot.*, *et aest.* (43. 20.)

§. 1244.

Diximus, servitutem etiam per aliam quamcumque personam retineri, quae tamen tamquam debita servitute usa sit (1). Si ergo quasi per viam publicam, vel alio jure quis iverit, servitus non retinetur, sed quasi non usu amittitur (2); quemadmodum enim ad servitutis jus praescriptione acquirendum, supra demonstravimus, requiri usum jure servitutis (§. 916.), ita neque potest servitus conservari, nisi eadem quis usus sit tamquam jure sibi competente.

(1) *D. l. Denique* 22. *ff. hoc tit.*

(2) *Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit; ideoque, si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usu sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. L. ult. ff. hoc tit.*

§. 1245.

Eadem fere ratione, qui servitute non utitur eo modo, quo conventum fuerat, puta aquam interdiu duxit, cum ex conventionis placito noctu ducere debuisset, servitutem interdiu ducendae aquae amittit (1): servitutem tamen aquae interdiu ducendae praescriptione sibi adserere poterit per hujusmodi usum, dummodo conditiones ad hanc rem necessariae intervenerint.

(1) *L. Si communem* 10. §. 1., *l. Si quis alia* 18. *ff. hoc tit.*

§. 1246.

Huic autem sententiae non adversatur Julianus, cum ait, servitutem non amitti ab iis, qui, cum jus aquae, certis horis separatim ex eodem rivo, ducendae haberent, convenerunt, ut permutatis inter se temporibus uterentur, et amplius tempore servitutibus praefinito ita duxerunt, ut neuter suo tempore usus sit: uterque enim non quidem per se, sed per socium servitute usus est, quod ad eam conservandam sufficit (§. 1243.)

§. 1247.

Disputant interpretes, utrum in hoc servitutis, praescriptione amittendae argumento, ut pristinam libertatem recipiat fundus serviens, utrumque tempus non usus auctoris, et successoris simul jungi debeat; ut libertas usucapiatur. Negat Julianus (1), affirmat Paulus (2). Pauli sententia recipienda est, utpote consentanea novissimo juri ab Imperatoribus Severo, et Antonino, sub quibus floruit Paulus, prior autem fuit Julianus, inducto; his quippe accepto ferenda est temporum conjunctio in usucapione (3).

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

(1) *L. Si aedes* 32. §. 1. *ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)

(2) *L. Si quis alia* 18. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *Inter venditorem quoque, et emptorem conjungi tempora Divi Severus, et Antoninus rescripserunt.* §. *Inter venditorem* 13. *instit. de usucap.* (2. 6.)

§. 1248.

Si praedium in plures partes divisum sit, diversae prae oculis regulae haberi debent. Atque in primis distinguendum est, utrum praedium dominans divisum fuerit, an serviens. Si praedium dominans in plures partes tributum sit, idem jus obtinet, ac si ab initio servitus in duorum praediorum utilitatem constituta fuisset: proinde alter ex dominis servitutem usu retinere potest, alter non usu amittere (1).

(1) *L. Nam satis* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1249.

Si autem fingamus, praedii servientis divisionem factam fuisse, iterum distinguere oportet, an servitutis locus definitus fuerit, an generatim, et indistincte toti fundo imposita sit servitus. Si locus servitutis ab initio determinatus sit, rursus distinguendum est, utrum fundus per viae longitudinem divisus sit, an per ejus latitudinem.

§. 1250.

Cum, servitutis loco definito, fundus per longitudinem tributus fuit, eaedem servantur regulae, quae obtinent, cum ab initio duo erant fundi servientes (1). Quare jus suum conservat, qui per alterum ex praediis solummodo iter facit; quia una existimatur servitus, et unum iter, quamvis per plura praedia eatur (2).

(1) *Sed si is fundus, qui servierit, ita divisus est, plusculum dubitationis ea res habet; nam si certus, ac finitus viae locus est, tunc si per longitudinem ejus fundus divisus est, eadem omnia servanda erunt, quae si initio constituendae ejus servitutis similiter hic duo fundi fuissent. D. l. Nam satis* 6. §. 1. *in medio ff. hoc tit.*

(2) *Una est via, et si per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. L. Una est* 18. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 1251.

Diviso autem praedio per viae latitudinem, itaut pars uni tributa ex uno viae latere sit, altera ex altero, nulla contingit, quod ad servitutem attinet, immutatio; cum enim via, quae inter duo praedia est, pro parte dimidia ad quemlibet ex dominis, qui confines agros habent, dominii jure pertinere judicetur, alter a servitute liberari nequit, quin socius quoque solvatur. Ergo in hoc casu, vel tota usu retinetur, vel tota non usu amittitur (1).

(1) *Si vero per latitudinem viae fundus divisus est ...., tunc manet idem jus servitutis, quod, fundo indiviso, fuerat: nec aut usu detineri, aut non utendo deperire, nisi tota via poterit. D. l.* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1252.

Neque interest, utrum in divisione aequalis fundi pars utrique obtigerit, an inaequalis; semper enim servitus conservatur, quamvis per eam tantum viae partem itum sit, quae confinis est alteri ex praediis, per latitudinem divisis; quia hoc viae jus tamquam unica servitus consideratur, quae ideo per usum partis integra retinetur (1).

(1) *Nec, si forte inciderit, ut semita, quae per alterum duntaxat fundum erit, uteretur, idcirco alter fundus liberabitur; quoniam unum atque eo modo individuum viae jus est. D. l.* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1253.

Sane, si diviso per viae latitudinem praedio, ab initio definitus via locus totus sit in altera parte, cum haec tantum portio servitutem debeat, et caeterae ab omni onere solutae sint, retineri servitus nequit, nisi per hanc iter fiat (1).

(1) *L. Certo generi* 13. §. 1. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)

§. 1254.

Inst. l. 2. tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

Inquirendum superest, quae servari debeant regulae, cum itineris locus definitus non est, sed generatim servitus toti fundo imposita fuit. Si fundus serviens dividatur, idem jus obtinet, ac si ab initio duo essent fundi servientes: quo fit, ut una servitus retineri possit per unum fundum, quo itum sit; amitti vero non usu per alium (1)

(1) *Caeterum, si ita constitutum est jus viae, ut per quamlibet partem fundi ire, agere liceat..., atque ita divisus est fundus, si per quamlibet ejus partem aeque ire, atque agi possit, tunc perinde observabimus, atque si ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. D. l.* 6. §. 1. *prope finem ff. hoc tit.*

§. 1255.

Nec conqueri jure potest ille, cui servitus debetur, quia ante divisionem integram per totum fundum servitutem conservare poterat, quamvis per unam tantummodo partem iter faceret: post divisionem vero per ambas partes transeundum est, ut ambae retineantur; hujusmodi enim dispendium, ut scite animadvertit Celsus, satis compensatur duplici servitute, quod ex divisione acquirit, cum prius unam haberet (1).

(1) *Nec me fallit, alieno facto jus alterius immutatum iri; quoniam ante satius fuerat, per alteram partem ire, agere, ut idem jus ei in altera parte fundi retineretur. Contra, illud commodum accessisse ei, cui via debebatur, quod per duas pariter vias ire, agere possit, bisque octonos in porrectum, et senos denos in anfractum. D. l.* 6. §. 1. *in fine ff. hoc tit.*

§. 1256.

Si ille, cui debetur servitus, eadem abutatur, puta majorem aquae quantitatem ducat, quam convenerit; vel alio vehiculi gravioris genere utatur, quam in servitutis constitutione permissum est: vel contra minus faciat, quam ipsi jure licet, placuit legislatoribus inde non amitti servitutem, nec tamen aliquid amplius acquiri, quam pristino jure competat (1); neque enim in hac specie servitutis modus immutatus est, sed tantummodo, ita dicam, perturbatus ejusdem usus. Quare servitus mutationem pati non debet.

(1) *L. Is, cui via* 11. *ff. hoc tit.*

§. 1257.

Ex hoc principio plurima fluunt consectaria: videlicet. 1. Servitutem actus non amitti ab eo, qui per longum tempus itinere tantum usu est (1). 2. Integram servitutem in omnibus praediis retineri ab eo, cui per haec servitus debetur, etiamsi per unum solummodo transierit; utpotecum una existimetur via, quae a pluribus fundis praestatur (2). 3. Neque ab eo itineris, vel aquaeductus servitutem amitti, qui parte tantum viae usus est (3); vel aquam in aliquas tantum fundi partes duxit, cum in omnes ducere potuisset (4).

(1) *L. Qui iter* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Una est via* 18. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.)
(3) *L. Si stillicidii* 8. §. 1. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Aqua* 9. *ff. eod. tit.*

§. 1258.

Praeterea alii quoque sunt casus, in quibus servitutem retinet, qui ea non utitur. 1. Cum servitus promissa quidem est, non tamen constituta (1). 2. Cum servitus, puta itineris, duobus ejusdem communis fundi dominis legata est, donec communi consensu itineris locus definitus fuerit (2). Cur autem in duobus hisce casibus servitus non amittatur, apertissima est juris ratio; neque enim non usu amitti potest servitus, quamdiu ea uti non licet.

(1) *L. Si partem* 19. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Itinere* 28. *ff. de servitutib. praed. rustic.* (8. 3.)

Inst. l. 2 tit. 3. ff. l. 8. tit. 6. Cod. l. 3. tit. 34.

§. 1259.

Retinetur quoque servitus, etiamsi nullus sit ejus usus, cum debetur pupillo, vel praedio, quod majori, et pupillo commune sit; cum enim praescriptio pupillo non noceat, neque obesse debet majori in re, quae divisionem non patitur (1).

(1) *L. Si communem* 10. *ff. hoc tit.*

§. 1260.

Opportune hic animadvertendum est discrimen, quod intercedit urbanas inter, et rusticas servitutes, quoties de praescriptione agitur. Ut praescriptione rusticae servitutes amittantur, nihil aliud requiritur, quam non usus; servitutes vero urbanae praeter non usum ejus, cui debentur, desiderant actum ejus, qui servitutem debet, quo sui praedii naturalem libertatem recipere attentet (§. 923., et seqq.)

§. 1261.

Ratio autem hujusce discriminis repetenda est a diversis modis, quibus utraque servitutis species, praescriptionis vi, acquiri potest. Servitutes urbanae longo usu comparari nequeunt, nisi praeter patientiam vicini, actus interveniat ex parte illius, qui servitutis jus sibi asserere intendit: puta, servitutes tigni immittendi, stillicidii avertendi non acquiruntur, ut per se patet, nisi tigna in pariete vicini per legitimum temporis spatium immissa fuerint, vel aversum stillicidium. Cum ergo unaquaeque res eodem modo dissolvi debeat, quo fuit colligata (1), consequens est, praescriptione non amitti servitutes urbanas: nisi, praeter non usum ex una parte, ex altera factum intervenerit. Contra, cum per solum usum, puta aquae ducendae, vel transeundi per agrum vicini, aquaeductus, vel itineris servitus praescriptione comparetur (2): ita solo non usu amitti debet (3).

(1) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *L. Si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vindic.* (8. 5.)
(3) *D. l.* 35. *ff. de reg. jur.*

§. 1262.

Ex hoc discrimine urbanas inter, et rusticas servitutes, aliud consequitur, videlicet libertatem in urbanis praescriptione ordinaria non recipi, nisi haec bonam fidem adjunctam habeat; cum enim ex parte illius, qui servitutem debet, actus requiratur, quo significet, se ad pristinam libertatem reverti velle, praescriptionis inducendae vim habere nequit hujusmodi actus, nisi bonam fidem comitem habeat, juxta generales praescriptionis regulas (1).

(1) *Princ. instit. de usucap.* (2. 6.)

§. 1263.

Cum autem in praescribendis rusticis servitutibus, seu naturali pristina libertate recipienda, solus desideretur non usus ejus, cui servitus debetur, mala fides praescriptioni obesse nequit: si tamen malae fidei nomine appellari potest juris alteri competentis notitia, cui nullum objiciatur impedimentum.

§. 1264.

Equidem Paulus asserere non dubitavit, eum quem vi adhibita fundi servientis dominus dejecit a via, per quam servitus itineris constituta erat, servitutem amittere, si per longi temporis spatium ea non utatur: rationem adjiciens, quod servitus res incorporalis sit, quae nec possideri intelligitur, nec consequenter possessio vi auferri (1).

(1) *L. Sequitur* 4. §. *Si viam* 27. *ff. de usurp., et usucap.* (41. 3.)

§. 1265.

Sed, cum rerum incorporalium quasi possessionem admittant ipsi jureconsulti, quae in usu consistit (§. 801.), si vicinus, qui servitutem debet, alterum vi impediat, ne per fundum suum iter habere possit, vere eum dejicit e quasi possessione, quam per

fictam traditionem consecutus fuerat: adeoque retenta existimari debet in eo, quod pertinet ad juris effectus; alioquin dejiciens ex suo scelere lucrum reportaret: quod naturalis aequitatis, et civilium legum regulis abhorret (1).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 1. tit. 33.

(1) *L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.*

§. 1266.

Tandem extinguitur servitus soluto jure auctoris, qui eam concessit: puta si vassallus praedio feudali servitutem imposuerit, atque feudum ad directum dominum revertatur; vel ipse vassallus decedat, et feudum ad agnatos perveniat; neque enim directi domini, vel agnatorum, ad quos legitimo jure feudum perventurum est, deterior conditio effici potest (1): quod autem de vassallo traditur, idem convenit emphyteutae, cujus eadem fere conditio est, ac vassalli.

(1) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 8. *princ.*, *et* §. 1.

§. 1267.

Extinguitur eadem ratione servitus ab haerede imposita fundo, quem testator alteri sub conditione legaverit, atque deinde extiterit conditio (1). Servitus tamen in praedii legati utilitatem ab haerede quaesita legatarioquoque prodest (2), atque directo feudi, vel praedii emphyteutici domino (3); leges enim, suadente aequitate, constituerunt, ut alterius conditio melior quidem per alterum effici possit, non autem deterior (4).

(1) *L. Is, cui via* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *D. lib.* 2. *feudor. tit.* 8. §. 1.
(4) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1268.

Haec sunt, quae ad reales, sive urbanas, sive rusticas servitutes pertinent. Justiniani vestigiis inhaerentes progredimur ad servitutes personales.

TITULUS IV.

De servitutibus personalibus.

SUMMARIUM.

Tres sunt servitutes personales, ususfructus, usus, et habitatio. §. 1269.

§. 1269.

Tres numerantur, sicut jam animadvertimus (§. 895.), personalium servitutum species: videlicet ususfructus, usus, et habitatio. Seorsim de usufructu agemus in primo capite; in altero de usu, et habitatione, quemadmodum praestitit Justinianus.

CAPUT I.

De usufructu.

Instit. lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest. lib. 7. tit. 1. *De usufructu, et quemadmod. quis utat. fruat.*
Cod. lib. 1. tit. 33. *De usufr., et habit., et minister. servor.*

SUMMARIA.

Exponuntur, quae de usufructu singillatim expendenda sunt, et quo ordine. §. 1270, *et* 1271.

§. 1270.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

De usufructu quaeri potest, quid sit, et quotuplex, quibus modis, et quibus in rebus constitui possit: quae sint usufructuarii jura, vel onera; postremo quibus modis amittatur.

§. 1271.

Septem ergo distinctis sectionibus rem hanc conficiemus. Prima explicabit, quid, et quotuplex sit ususfructus. In altera expendemus modos, quibus constitui, seu acquiri ususfructus potest. Tertia res demonstrabit, quae in usumfructum haberi possunt. In quarta, et quinta investigabimus, quae sint usufructuarii jura, quaeve onera. Sexta modos expendet, quibus ususfructus amittitur. Postremo quia singularia quaedam sunt improprii ususfructus, ea simul collecta sigillatim trademus.

SECTIO I.

Quid, et quotuplex sit ususfructus.

SUMMARIA.

Ususfructus definitio. Cur dicatur facultas utendi, fruendi? §. 1272.

Ususfructus aeque ac caeterae servitutes, in rebus alienis consistit: res sua nemini servit. §. 1273.

Cum ususfructus extinguatur extincta persona, cui debetur, usufructuarius re uti debet, salva ejus substantia. §. 1274.

Ususfructus dividitur in proprium, et improprium. Uterque explicatur. §. 1275.

Usumfructum caussalem appellant pragmatici, qui suae caussae, seu proprietati conjunctus est. §. 1276.

Formalis ususfructus dicitur, qui a proprietate divisus est, et jure servitutis habetur. §. 1277.

Dissentiunt interpretes a pragmaticis, utrum admittenda sit distinctio haec caussalis, et formalis ususfructus. §. 1278.

Facultas percipiendi fructus e re sua tamquam separata, vel saltem tamquam separabilis a proprietate considerari potest. §. 1279.

Nihil obstat, quominus facultas domino competens, fructuum e re sua percipiendorum, ususfructus caussalis nomine appelletur. §. 1280.

Divisio ususfructus in caussalem, et formalem praesidium in ipsis Romanis legibus habere demonstratur. §. 1281.

Hujus distinctionis ope facilius explicatur Pauli responsum, quo tradit, usumfructum in multis casibus partem dominii esse. §. 1282.

§. 1272.

Ususfructus a Paulo, et Justiniano definitur, *jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* (1). Facultas dicitur, usufructuario competens in ipsa re, seu, ut loquitur Justinianus (2) post Celsum (3), in corpore, ex quo percipiuntur fructus; atque vox haec locum tenet generis, utpotequae non tantum convenit caeteris servitutibus, sive personalibus, sive realibus; sed et quibuscumque aliis juribus. Additur facultas *utendi*, atque verbum hoc usumfructum distinguit a servitutibus realibus, non autem personalibus, per quas rei usus quoque habetur; a quibus tamen secernitur posteriori voce, qua simul *fruendi* facultas usufructui inesse dicitur; servitutes enim usus, et habitationis utendi quidem jus tribuunt, non vero fruendi; sive aliqua tantum, non tamen omnia, rei emolumenta praestant, quae *fruendi* verbo significantur, ut infra explicabimus.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*, *princ. instit. hoc tit.*
(2) *D. princ. instit. hoc tit.*
(3) *L. Est enim.* 2. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 1. tit. 33.

§. 1273.

Haec utendi fruendi facultas in *alienis rebus* competit; atque verba haec usumfructum a dominio, seu proprietate distinguunt, non autem ab aliis servitutibus; quarum omnium ea indoles est, ut in alienis rebus consistant (§. 881.); juxta vulgatum axioma: res sua nemini servit (1). Quod enim dominus in re sua facit, vel emolumentum percipit, dominii, non servitutis jure facere, vel percipere existimatur (2).

(1) *Qui habet proprietatem, utendi, fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire. L. Uti frui* 5. *ff. si ususfruct. pet.* (7. 6.)
(2) *D. l.* 5., *l. In re communi* 26. *ff. ne servit. praed. urb.* (8. 2.)

§. 1274.

Postremo facultatem hanc utendi fruendi alienis rebus ita competere dicimus, ut tamen *salva sit rerum substantia*; cum enim personales quaecumque servitutes extinguantur una cum persona, in cujus utilitatem constitutae sunt (1), quo a realibus differunt, quae perpetuo durant, nisi res ipsa destruatur (§. 956.), decet usufructuarium re uti ad instar diligentis patrisfamilias; alioquin enim facile contingeret, ut proprietas ipsa inutilis fieret: quod ab aequitate, non secus ac a natura ususfructus, plane alienum est.

(1) *L. Omnium* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*, §. *Constituitur* 2. *instit. hoc tit.*

§. 1275.

Tribuitur ususfructus in proprium, et improprium: atque in hac divisione consentiunt omnes: sed dissentiunt, utrum etiam in caussalem, et formalem, ut vocant, distribui possit. Proprius ususfructus est facultas utendi fruendi iis rebus, quae usu non destruuntur, veluti praedia, domus (1), statuae, imagines (2), quamvis aliquae paullatim consumantur, et deteriores fiant, ut in supellectili praesertim contingit. Improprius vero earum rerum est, quae functionem, ut ajunt, in genere suo recipiunt, seu quibus uti non possumus, quin omnino extinguantur: ut frumentum, vinum, et similia (3).

(1) *L. Omnium* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*, §. *Constituitur* 2. *instit. hoc tit.*
(2) *L. Statuae* 41. *ff. hoc tit.*
(3) *D.* §. 2. *instit. hoc tit.*, *l.* 1., *et passim ff. de usufructu ear. rer. etc.* (7. 5.)

§. 1276.

Ususfructus caussalis appellatur ille, qui suae caussae, videlicet proprietati, a qua vim suam habet, conjunctus est, atque definiri potest: facultas percipiendi fructus ex re propria; junctum dicimus caussae suae, sive proprietati; facultas enim ex re propria fructus percipiendi dominio nititur: quare diximus, dominum fructus omnes tum naturales, tum industriales, tum civiles irrevocabiliter suos facere (§. 652.): hujusmodi autem facultas, ut per se patet, servitus appellari non potest, sed dominii appellatione continetur (1).

(1) *D. l. Uti frui* 5. *ff. si ususfruct. petat.* (7. 6.)

§. 1277.

Formalem vero usumfructum vocant, qui a proprietate sejunctus, atque divisus est, quem supra definivimus (§. 1272.): atque jure servitutis habetur. Formalis autem dicitur, quia per se subsistit, utpote propriam formam, et naturam habens.

§. 1278.

Acriter contendunt hic theorici juris interpretes cum pragmaticis: sed verbo tenus, si penitius quaestionem introspicias. Nemo sane dubitat, quin liceat illi, qui alicujus rei plene dominus est, fructus quoscumque ex eadem re percipere, et suos facere. Sed controvertitur, utrum facultas haec caussalis ususfructus possit appellari. Quidam affirmant, alii negant.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1279.

Qui negant, fatentur quidem dominium plenum sub se continere proprietatem, et usumfructum (§. 409). Sed ajunt, usumfructum hunc, seu facultatem fructus, e re sua percipiendi, quae in dominio pleno continetur, ab ipsa proprietate discretam non esse. Esto: facultas haec ab ipsa proprietate non sejungitur. Verum ab ea profecto dividi potest. Potest ergo tamquam separata, vel saltem separabilis, per abstractionem considerari, ut philosophi, nec inepte, loquuntur.

§. 1280.

Sed regerunt: facultas domino competens e re sua fructus percipiendi dominium appellari debet, non usufructus. Distinguunt, qui contra sentiunt: atque concedunt, appellari non posse usumfructum formalem, seu usumfructum, qui jure servitutis habeatur; optime vero ususfructus caussalis nomine donari; seu jus percipiendi fructus ex re dominii jure competens. Non immerito ergo diximus, verbo tenus hic a pragmaticis dissentire juris interpretes (§. 1278.)

§. 1281.

Sed quidquid sit de hac ususfructus divisione, quae tamen in ipsis Romanis legibus praesidium habet, quibus traditur, interdum proprietati misceri usumfructum (1): cum, qui prius usumfructum jure servitutis percipiebat, si deinde fundi proprietatem acquirat, priorem usumfructum amittere, jure vero proprietatis eum rursus acquirere (2): utendi fruendi facultatem separatim quidem non competere ei, qui proprietatis dominus est (3); usumfructum tamen a proprietate dividi posse. (4).

(1) *L. Si tibi* 4. *ff. de usufruct. accresc.* (7. 2.)
(2) *L. Si, cum argentum* 21. §. *Si fundum* 3. *ff. de except. rei judicatae* (44. 2.)
(3) *L. Uti frui* 5. *ff. si ususfruct. petat.* (7. 6.)
(4) §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1282.

Quidquid, inquam, sit de hac ususfructus divisione, certissimum est, ejusdem ope facilius explicari, quae sit Pauli sententia, cum ait, usumfructum in multis casibus partem dominii esse (1): videlicet pars dominii est, cum proprietati adhaeret; servitus autem, non pars dominii judicari debet, quoties a proprietate sejunctus est. Sed praestantiora, et utiliora investigemus.

(1) *L. Ususfructus* 4. *ff. hoc tit.*

SECTIO II.

Quibus modis constituatur, et acquiratur ususfructus.

Instit. lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest. lib. 7. tit. 1. *De usufruct. et quemad. quis utat., fruat.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufruct., habitat., et oper. serv.*

SUMMARIA.

Ususfructus ad certum tempus, ex certo tempore, et sub conditione constitui potest. Cujus interim sint fructus, cum testator usumfructum ex die, vel sub conditione legavit? §. 1283.

Si vir domus usumfructum uxori legaverit per quinquennium, eoque transacto, libertis suis, mulier vero ante quinquennium decedat, fructus interim haeredis sunt. §. 1284.

Fructus haeredi non acquiruntur, cum testator alteri quidem praedii usumfructum sub conditione reliquit, proprietas autem penes haeredem non est. §. 1285.

Si testator fundi proprietatem Titio pure leget, Sempronio ejus usumfructum sub conditione, fructus interim ad Titium pertinent. §. 1286. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l 3. tit. 33.

Idem jus servatur, cum alteri legata est proprietas, alteri ususfructus, qui tamen lege prohibente effectum sortitus non est. §. 1287, *et* 1288.

Referuntur quinque modi, quibus ususfructus constitui potest. §. 1289.

§. 1283.

Antequam singulares modos explicemus, quibus ususfructus constitui possit, opportunum est animadvertere; (quippequod commune est modis omnibus, quos deinde referemus), usumfructum non tantum pure, sed etiam sub conditione (1), ex certo tempore, ad certum tempus, alternis annis relinqui posse: pendente autem conditione, vel donec praestitutum tempus veniat, ususfructus penes haeredem remanet, neque perceptos fructus restituere tenetur, cum conditio, vel dies venerit; utpotequia eos dominii jure percepit (2); regula enim juris est, haeredem, rerum sub conditione, vel ex die legatarum, interim dominum esse (3).

(1) *L. fundus* 4. *ff. si ususfruct. petat.* (7. 6.)

(2) *L. Et puto* 16. §. *Ususfructus* 2. *ff. famil. ercisc.* (10. 2.)

(3) *Res, quae sub conditione legata est, interim haeredum est. L. Et post litem* 12. §. *Res, quae* 2. *ff. eod. tit.*

§. 1284.

Hinc Scevola speciem expendens, qua maritus uxori legaverat usumfructum villae in quinquennium, a die mortis testatoris computandum, ea lege, ut, elapso quinquennio, idem praedium jure legati ad libertos testatoris perveniret: uxore ante lapsum quinquennii defuncta, usumfructum villae interim penes haeredem manere respondit (1).

(1) *L. Uxori* 35. *ff. de usufruct. legat.* (33. 2.)

§. 1285.

Quod modo diximus, usumfructum sub conditione legatum interim haeredi acquiri, exceptionem habere potest, si alia appareat testatoris voluntas. Quinimo in iis tantum casibus obtinet, in quibus testator, alteri usufructu legato, statuit, ut proprietas ad haeredem pertineat; jus enim fructus percipiendi haereditaria qualitate non innititur, sed proprietatis dominio.

§. 1286.

Si ergo testator fundi proprietatem pure leget Titio, ejus autem usumfructum Sempronio sub conditione; quamdiu haec impleta non fuerit, ususfructus non ad haeredem, sed ad Titium pertinebit; haeres enim neque jure proprietatis, quam testatoris voluntate nactus non est, neque jure servitutis, quae constituta ipsius favore non demonstratur, eundem habere potest. Superest ergo, ut legatario proprietatis competat (1).

(1) *L. Fundus* 4. *ff. si ususfructus petat.* (7. 6.)

§. 1287.

Dissentiunt interpretes, utrum ususfructus haeredi tribui debeat, an legatario proprietatis in ea specie, qua alteri legatus est, sed sine effectu, lege prohibente. Veritati magis consentanea videtur eorum sententia, qui legatario prae haerede favendum existimant; nihil enim interesse videtur, utrum legatus sit ususfructus sine effectu, ex legis prohibitione, vel sub conditione, quae tamen nunquam existat. Cum igitur, ut modo demonstravimus, ususfructus sub conditione legatus interim ad legatarium proprietatis spectet, adeoque nunquam a proprietate separetur, si nunquam impleatur conditio, consequens est legatario proprietatis acquiri usumfructum, qui alteri inutiliter propter legis interdictum relictus fuit.

§. 1288.

His addi potest, usumfructum per se proprietati, a qua pendet, semper inhaerere, nisi aliud a testatore praescriptum demonstretur. Quare, cum testatoris voluntas, qui

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

jusserat, ut a proprietate divisus esset usus fructus, effectum sortiri non potuerit, proprietati consolidari debet ususfructus.

§. 1289.

Hisce generatim praemissis, speciales constituendi ususfructus modos investigemus: quinque autem passim enumerari solent, videlicet. 1. Privatorum conventio. 2. Testatoris voluntas. 3. Judicis auctoritas. 4. Dispositio legis: quibus addi potest jus accrescendi, quod aliquando locum habet inter plures ejusdem fundi usufructuarios. De his ususfructus acquirendi modis, perspicuitatis caussa, tribus articulis disseremus; in quorum primo explicabimus modos, qui ex privatorum voluntate descendunt; videlicet contractu, vel testamento. In altero casus expendemus, in quibus judicis, vel legis auctoritate constituitur. In tertio, et postremo investigabimus, quomodo ususfructus, jure accrescendi comparetur.

ARTICULUS I.

De usufructu privatorum voluntate constituendo.

SUMMARIA.

1. *Constituitur ususfructus privatorum conventione, quae tamen apta sit ad transferendum dominium.* §. 1290.

Ususfructus per conventionem plene non acquiritur, nisi actus interveniat, qui traditionis vices gerat. §. 1291.

Testamento legatus ususfructus, sola legis potestate, plene acquiritur. §. 1292.

2. *Acquiritur ususfructus testatoris voluntate, qui alteri usumfructum, alteri, vel haeredi proprietatem reliquerit.* §. 1293.

Jure Romano testator, qui uni proprietatem, alteri integrum usumfructum legare velit, legare debet proprietatem, deducto usufructu: alioquin proprietatis legatarius ususfructus partem habet. §. 1294.

Utrum haec Romanorum prudentum sententia adhuc in foro recipi debeat? §. 1295.

Potest etiam relinqui ususfructus fideicommissi titulo. §. 1296.

Ususfructus titulo institutionis relinqui non potest. §. 1297.

Quid si testator Titium ususfructus omnium bonorum haeredem scripserit, Sempronio in eorundem proprietate instituto; ita tamen, ut institutio haec tantum post Titii mortem vim habere debeat? §. 1298.

Aequitate suadente, ex qua benignius testatorum verba explicantur, sustineri debet hujusmodi ususfructus institutio. §. 1289.

Usufructuarius hic non potest considerari, tamquam haeres, fideicommissi restitutione oneratus; sed legatarii loco habetur. §. 1300.

Praesertim si aliud singulare legatum ipsi relictum sit, vel liberatus fuerit a redditione rationum. §. 1301.

Si haeres nolit, vel non possit habere haereditatem, usufructuarius omnium bonorum proprietatem quoque nanciscitur. Quid, si haeres praemoriatur usufructuario? §. 1302.

Cum testamento relinquitur ususfructus, nihil interest, utrum testator ususfructus, fructus, vel fructuum praedii nomine utatur. §. 1303.

Usus duplici sensu accipi potest: vel pro facultate re utendi, quae necessaria est ad percipiendos fructus: vel pro speciali servitute. §. 1304.

Ususfructus esse nequit sine usu, qui sit naturalis facultas percipiendi fructus: potest consistere sine speciali servitute usus. §. 1305.

Cum testator uni usum, alteri usumfructum legat, usuarius praecipit, quod ad victum sibi necessarium est, caetera usufructuario debentur. §. 1306.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Si testator Titio fructum leget, usu ablato, inutile dicitur legatum, nisi alteri servitutem usus speciatim concesserit. §. 1307, *et* 1308.

Testatorum dispositiones benigna interpretatione, quantum fieri potest, adjuvari, et sustineri debent. §. 1309.

Non repugnat haeredi usum relinqui, quamvis omnium bonorum successor sit. §. 1310.

Ulpianus, et Pomponius, qui inutile dicunt hujusmodi legatum, explicandi sunt de eo casu, quo aperte constet, testatorem a fructu separare voluisse usum, qui sit naturalis facultas percipiendi fructus. §. 1311.

Inutilis est ademptio, cum testator, legato usufructu, adimit usum. §. 1312.

Cum aperta est mens testatoris legantis, non valet ademptio, nisi aeque constet de voluntate adimendi. §. 1313.

Cur prosit liberatio ab usu praestita debitori, qui usumfructum promiserat? §. 1314.

Si testator, postquam legavit usumfructum, adimat fructum, non tamen usum, legatario adhuc usus competit. §. 1315.

Ususfructus legatus, ademptus existimatur, sive usumfructum, sive fructum adimere testator dixerit. §. 1316.

Si testator certam fructuum partem fundi reliquerit, ejus ususfructus pro parte relictus non censetur. Fructus ergo ab haerede percipiuntur, eorumque pars legatario praestatur. §. 1317, *et* 1318.

Perpetuum est legatum fructuum, cum testator certam fructuum partem reliquit, nulla facta temporis mentione. §. 1319.

Haeres potest vendere praedium, cujus reditus legatario praestare tenetur; dummodo tantundem pecuniae legatario solvat. §. 1320.

Expenduntur quaedam formulae, quibus dubitari potest, an testator solum usumfructum reliquerit, an simul quoque proprietatem. §. 1321.

Aliae sunt formulae, quibus testator legato usufructu aliquid adjicit, quod proprietatem continere videtur: aliis vero legatum proprietatis in usumfructum videtur abire. §. 1322.

Proprietas legata videri potest, cum usufructuarius servitutem fundo imponere debet, vel fundum alienare, aut haeredi post mortem restituere. §. 1323.

Proponuntur tria exempla, quibus legatum proprietatis transire videtur in legatum usufructus. §. 1324.

Adjectio, a testatore facta, legati naturam non mutat, nisi ex ea mutatio voluntatis certo colligatur: colligitur autem, quando adjectio cum priore legato conciliari nequit; atque testator vult, ut pars utraque legati aeque vim suam habeat. §. 1325.

Certa testatoris voluntas mutata existimari non debet, nisi certa suppetant mutationis indicia. §. 1326.

Ambigua testatoris verba ita explicari debent, ut potius sustineatur actus, quam pereat. §. 1327.

Cum adjectio cum priore legato conciliari potest, firma esse debet legati natura: alioquin mutata voluntas existimatur. §. 1328.

Proponuntur diversae, quae adhiberi debent, distinctiones, cum testator, legato usufructu fundi, onus imponit legatario constituendae servitutis in alterius praedii utilitatem. §. 1329.

Legati ususfructus natura non immutatur, cum usufructuario injungitur, ut ea omittat, quae in vim ususfructus facere nequit, veluti ne aedes fructuarius altius tollat. §. 1330.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Pomponius non agit de legato usufructu, sed de legata insulae proprietate, proposita testatori cautione, qua facilius obtineat, ut servitus in praedii haereditarii utilitatem imponatur. §. 1331.

Demonstratur in hac argumentatione non inveniri fallaciam, quae a philosophis appellatur petitio principii. §. 1332.

Proprietas fundi legata non videtur, cum testator usufructuario praecipit, ne altius tollat aedes in utilitatem praedii, quod ad extraneum spectat. §. 1333.

Proprietas fundi vulgo legata existimatur, cum testator usufructuario onus injungit constituendae servitutis, quae consistat in faciendo, in utilitatem praedii, quod ad extraneum pertineat. §. 1334.

An defendi possit, legati naturam per hujusmodi adjectionem non immutari, sed adjectionem ipsam nullius momenti esse? §. 1335.

Facilius judicatur legata fundi proprietas, cum a legatario servitus imponenda est in utilitatem praedii, quod haeredis sit. §. 1336.

Cum testator legato fundi usufructu jubet, ut idem fundus haeredi restituatur, legatum ususfructus non transit in legatum proprietatis. §. 1337, *et* 1338.

Juris textus, qui objiciuntur, de legato proprietatis loquuntur, non de usufructu. §. 1339.

Expenditur responsum Papiniani docentis, testatorem, qui mulieri reliquerit usumfructum praediorum, simul jubens, ut praedia cum reditibus ad haeredes suos redirent, imperitia lapsum, nec ususfructus, nec proprietatis fideicommissum instituisse. §. 1340.

Non potest legato usufructu institui fideicommissum, nec fructuum, nec proprietatis; cum utrumque ex natura ususfructus haeredi acquiratur. §. 1341.

Papinianus in proposita specie non tradit, nullum esse fideicommissum, quia testator imperitia lapsus est. §. 1342, *et* 1343.

Quamvis ex imperitia testatoris fieret, ut dici non posset institutum fideicommissum, non inde sequeretur, fideicommissum esse, si testator ususfructus indolem perspectam habuisset. §. 1344.

Si testator imperitia lapsus non fuisset, fructus praeteriti temporis per fideicommissum restitui deberent. §. 1345.

Si fundus extraneo restitui debeat, omnes sentiunt, vi hujus adjectionis legatam esse proprietatem. §. 1346.

Potest testator decedente primo usufructario ejusdem fundi usumfructum in alios transferre. §. 1347.

Praecepta a testatore usufructuarii fundi restitutio de fructibus potius, quam de proprietate in dubio intelligi debet, maxime si faveant voluntatis indicia. §. 1348.

Cum fructuum tantummodo restitutio facienda est, haeredi proprietas quaeritur a morte testatoris; quam in successores transfert, etiamsi praemoriatur usufructuario. §. 1349.

Si autem proprietas ipsa restitui debeat, haeres illam non acquirit, nisi superstes sit post usufructuarium. §. 1350.

Proponitur quaestio, utrum, concessa usufructuario alienandi facultate, proprietas ipsa legata videatur. §. 1351.

Facultas alienandi dominium necessario non supponit, ut patet exemplo creditoris pignoratitii, procuratoris, et tutoris. §. 1352.

Nihil obstat, quominus ex voluntate domini in alterum quis transferat jus, quod ex propria persona non habet. §. 1353.

Cum testator in casu tantum necessitatis fundi alienationem permittit, praestituti limites servandi sunt. §. 1354.

Si pro arbitrio data sit a testatore alienandi potestas, dodrantem alienare licet: atque ex caussa necessitatis quartam, quae superest. §. 1355.

Ex prohibita alienatione fundi usufructuarii inferri nequit, legatam esse proprietatem. §. 1356. Inst. l. 2. tit. 4.

Testator, fundi alienationem prohibens, necessario non supponit, seclusa hac prohibitione, fundum a legatario alienari potuisse. §. 1357. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3.

Exemplis demonstratur, ex prohibitione non consequi praeviam facultatem rei, quae interdicitur. §. 1358. tit. 33.

Dominia rerum non praesumptionibus, sed pactionibus, et traditionibus transferuntur. §. 1359.

Natura legati non immutatur ex eo, quod testator, fundi proprietatem legans, caussam adjecerit, ut inde legatarius percipiat alimenta: vel fundo utatur, fruatur. §. 1360.

Expenditur species de testatore, qui unum ex duobus fratribus superstitibus haeredem universalem instituit, alteri fundum legavit, ea lege adjecta, ut partes fructuum haeres habeat, quamdiu legatarius vixerit. §. 1361.

Haeredi favere videtur praesumpta testatoris voluntas, ejusque ordinata charitas. §. 1362.

Conditio dividendorum fructuum inter legatarium, et haeredem cum indole ususfructus apprime conciliatur: adeoque eam regulariter immutare non debet. §. 1363.

Ex prohibita alienatione inferri nequit, proprietatem fundi non fuisse legatam. §. 1364.

Summatim explicatur, quando dies ususfructus legati cedat. §. 1365.

Legatae proprietatis dies statim cedit a morte testatoris, si purum sit legatum, vel ad diem certum: ususfructus autem nonnisi adita haereditate, et veniente die. Quae sit ratio discriminis? §. 1366.

Si haeres incuriose, vel fraudolenter differat aditionem haereditatis, a die morae fructus cedunt usufructuario. §. 1367.

Ususfructus, alternis annis, mensibus, vel in annos singulos legati, dies singulis annis, mensibus, vel diebus cedit. §. 1368.

Legatum annuum potius accedit ad legatum proprietatis, quam ususfructus. §. 1369.

Cujuslibet anni initio debetur annuum legatum, quod deinde in haeredes transfertur. Aliud jus servatur in usufructu. §. 1370.

Legati sub conditione ususfructus dies non prius cedit, quam impleatur, vel existat conditio. §. 1371.

Cum testator ejusdem fundi usumfructum duobus legavit, alternis tamen annis percipiendum, legatarii in usufructu non concurrunt. §. 1372.

Si testator non expresserit, quis prior esse debeat in percipiendis fructibus, praeferendus est ille, qui prior nominatus est. §. 1373.

Quod si nullae appareant voluntatis conjecturae, usufructuarii inter se convenire debent, vel sorte controversiam dirimere. §. 1374.

§. 1290.

In primis igitur privatorum conventione acquiri, atque constitui ususfructus potest, dummodo conventio haec apta sit ad transferendum dominium: veluti donatio, permutatio, venditio (1); cum enim unusquisque rebus suis, quam velit, legem dicat, quae jure non reprobetur (2), non dubium, quin possit solum usumfructum alteri cedere, retenta proprietate, vel uni proprietatem, alteri usumfructum dare. Conventionem vero requirimus, ex qua dominium transferatur, utpotequia dominium fructuum ad usufructuarium pertinet. (1272.)

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*, *l. Omnium* 3. *ff. hoc tit.*

(2) §. *Per traditionem* 40. *instit. de rerum divis.* (2. 1.)

§. 1291.

Cum autem dominia rerum solis pactionibus non transferantur; sed necessaria insuper sit traditio (1), propria in rebus corporalibus, impropria autem in iis, quae sub

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit. 33.

sensus non cadunt (§. 751, et seqq.); ita sola conventione non acquiritur usufructus; nisi actus interveniat, quo ejusdem traditio significetur: veluti si usufructuarius in fundum, quasi possessionis ineundae caussa, ducatur, vel permittatur fundo uti frui (2).

(1) *L. Traditionibus* 20. *cod. de pactis* (2. 3.)

(2) *L. Omnium.* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1292.

Atque in hoc, ut obiter dicamus, differt ususfructus pactionibus constitutus ab eo, qui testamento relinquitur; cum enim ex legum praescriptio rei legatae dominium ipso jure in haeredem transferatur (1), nullo opus est actu, qui traditionis vices gerat, ut plenum legati ususfructus jus acquiratur.

(1) §. *Sed olim* 2. *instit. de legat.* (2. 20.)

§. 1293.

Alter modus acquirendi ususfructus ex testatoris voluntate descendit, qui testamento, vel codicillis praedii usumfructum leget, remanente apud haeredem proprietate; vel uni proprietatem, alteri usumfructum ejusdem fundi relinquat (1).

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1294.

Si Romanorum prudentum responsa inspiciantur, caute se gerere debet testator, qui ejusdem fundi, uni nudam proprietatem, alteri usumfructum legare velit, atque apertis verbis mentem suam significare: puta opus est, ut dicat se legare solam proprietatem, vel proprietatem deducto usufructu; alioquin enim uni simpliciter proprietate legata, vel legato fundo, alteri usufructu fundi, communicari utrique usumfructum respondit Julianus (1); cum enim proprietatis nomine plena proprietas intelligi videatur, quae rem, et fructus continet: fundi autem appellatione non tantummodo soli proprietas, sed fructus quoque veniant, qui ex eo percipiuntur, uterque legatarius in eadem re, idest usufructu, conjunctus videtur; adeoque secundum generales juris regulas unusquisque partem suam habere debet (2).

(1) *L. Si tibi decem* 6. *ff. de usufruct. ear. rer.* (7. 5.), *l. Si alii* 19. *de usufruct. legat.* (33. 2.)

(2) §. *Si eadem res* 8. *instit. de legat.* (2. 20.)

§. 1295.

Sed, cum haec legum Romanarum definitio potius ex juris subtilitate desumi videatur, quam ex voluntate testatoris, et communi loquendi usu, plures sentiunt, legata uni proprietate, alteri vero usufructu, quin testator demonstraverit, se velle, ut partem ususfructus habeat ille, cui proprietas legata fuit, usumfructum integre alteri relictum existimari: potissimum si proponatur testator juris ignarus (1). Sane haec legati interpretatio longe magis consona est aequitati, et genuinae testatoris voluntati.

(1) *Voet in Pandect. ad hunc tit. n.* 8. *in fin., cum plurib. aliis, quos allegat.*

§. 1296.

Testamento relinqui potest ususfructus, non solum legati, sed etiam fideicommissi nomine. Cum olim fideicommissa vim suam non haberent a jure civili, sed a Praetoris auctoritate, dominium ususfructus non acquirebatur illis, quibus per fideicommissum relictus fuisset, sed sola possessio (1); quae tamen legatario aeque proderat, ac dominium ipsum. Sed hodie subtilitates hae penitus exoleverunt.

(1) *L. Qui usumfructum* 3. *ff. si ususfructus petatur* (7. 6.)

§. 1297.

Inquirere solent hoc loco interpretes, utrum institutionis titulo relinqui possit ususfructus: atque passim negant, quia ususfructus considerari nequeat, tamquam totius haereditatis pars, cum sit certa res haereditaria. Qui autem in re certa institutus est, vel cohaeredes habet, vel non habet. Si alii sint cohaeredes, usufructuarius legatario com-

paratur, non autem haeredi, quemadmodum Justinianus constituit (1). Quod si fingatur usufructuarius unicus haeres, non solum usumfructum, sed ipsam rerum proprietatem consequitur, juxta generales juris regulas (2). Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *L. Quotiens* 13. *cod. de haered. instit.* (6. 24.)

(2) §. *Haereditas* 5. *instit. de haered. instit.* (2. 14.)

§. 1298.

Si testator, haerede instituto Titio in usufructu omnium bonorum, vel, quod idem est (§. praeced.), eorum omnium usufructu legato, proprietatis haeredem scripserit Sempronium, sed nonnisi post Titii mortem, rigore juris inspecto, viribus destituitur hujusmodi dispositio; cum enim legatum ab haerede praestari debeat (1), nec possit praestari, nisi adita haereditate, quam tamen in proposita specie adire non potest, nisi post usufructuarii mortem, consequens est, inutiliter legatum fuisse usumfructum.

(1) §. 1. *institutionum de legatis* (2. 20.)

§. 1299.

Verum, quia postrema morientium elogia, aeque ac contractus, quantum fieri potest, sustineri debent (1): immo benignior fieri debet testamentorum interpretatio (2), et potius verba explicanda sunt, ratione habita voluntatis, quam speciei (3): idcirco ejusmodi institutio, seu legatum ususfructus omnium bonorum ita interpretari receptum est, ut Sempronius pure haeres sit totius proprietatis, sed Titio usumfructum cedat: neque alio fine Sempronii institutionem post Titii mortem distulerit testator, quam ut significaret, nonnisi defuncto Titio emolumentum haereditatis ad Sempronium perventurum esse (4); quemadmodum in aliis casibus jureconsultis placuit, ex probabili mente testatoris, puram aestimare dispositionem, quae ex obvio verborum sensu conditionalis videretur; itaut actio quidem ad rem legatam petendam differatur, non autem in suspenso sit jus legatarii (5).

(1) *L. Quotiens* 12., *l. Ubi est.* 21. *ff. de reb. dubiis* (34. 5.)

(2) *L. In testamentis* 12. *ff. de reg. juris.*

(3) *L. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dub.* (50. 17.)

(4) *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *qu.* 81. *num.* 1. ✠, *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 7. *Non tamen necessarium videtur, ut curator haereditati tamquam jacenti constituatur; cum possit haeres post mortem usufructuarii haereditatem adire, dilata tantum emolumenti consecutione post mortem usufructuarii.*

(5) *L. Ex his verbis* 5. *cod. quando dies legator.* (6. 53.), *l. Firmio* 26. §. 1. *ff. eod. tit.* (36. 2.)

§. 1300.

Ex his patet solutio quaestionis, quae hac occasione institui solet, utrum in proposita specie usufructuarius existimari debeat haeres universalis cum onere fideicommissi, ex quo post mortem suam bona omnia haeredi restituere teneatur; cum enim usufructuarius omnium bonorum, quamvis honorifico institutionis titulo decoratus, nonnisi certam rem ex testatoris voluntate consequatur; haeres autem in re certa totam quidem haereditatem habeat, si nullus sit cohaeres (1); sed legatarii loco existimetur, cum habet cohaeredem (2), consequens est, usufructuarium hunc omnium bonorum legatario comparari debere, atque haeredem proprietatis pure haeredem esse, et adire posse haereditatem (3). Aliud profecto dicendum est si uxor, puta, instituta fuerit usufructuaria omnium bonorum, et legata proprietas post ejus mortem; hoc etenim casu, ut voluntas testatoris sustineatur, uxor intelligetur scripta ex asse, et rogata de haereditate post mortem suam restituenda per fideicommissum iis, quos testator legatarios nominavit (4).

(1) *L.* 1. §. *Si ex fundo* 4., *l. Quoties* 9. §. *Si duo* 13. *ff. de haeredib. instit.* (28. 5.), *l. Cohaeredi* 41. §. *ult. in fine ff. de vulg., et pupill. substit.* (28. 6.)

(2) *L. Quoties* 13. *cod. de haeredib. instituend.* (6. 24.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit. 33.

(3) *Thes. d. lib.* 3. *quaest.* 81. *num.* 3. ✠

(4) *Fab. cod. de fideicommissis lib.* 6. *tit.* 22. *def.* 5.

§. 1301.

Haec autem conclusio, subjicit Thesaurus, multo magis obtinere debet cum usufructuario aliud singulare legatum reliquit testator (1); vel usufructuarius a redditione rationum liberatus fuit (2); quia idem non potest simul haeres esse, et legatarius (3); immunitas autem tributa a redditione rationum supponit aliquem haeredem esse, cui alioquin ratio reddenda foret.

(1) *Thes. d. lib.* 3. *quaest.* 81. *num.* 4.

(2) *Thes. ibid. d. num.* 4.

(3) *L. Legatum est* 116. §. 1. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1302.

Si vero fingamus, haeredem nolle, vel non posse haereditatem adire, ad usufructuarium quoque spectabit proprietas, juxta regulam supra propositam (§. 1300.), qua haeres in re certa totam consequitur, detracta partis mentione, haereditatem, si alium cohaeredem non habeat. Aliud profecto affirmandum, si haeres usufructuario praemoriatur; cum enim pleno jure acquisita sit per aditionem haereditas illi, qui in sola proprietate institutus fuit, ad successores suos eandem transmittere debet (d. §. 1300.): nec locum habere potest jus accrescendi, quod tantum obtinet illorum favore, qui in eadem re conjuncti sunt (1): diversa autem res est ususfructus a proprietate.

(1) §. *Si eadem* 8. *instit. de legat.* (2. 20.)

§. 1303.

Si testator usumfructum legare velit, nihil interest, utrum fundi usumfructum dicat, an fructum, vel fructus; fructui enim, ut scite animadvertit Ulpianus, usus inest: neque legatarius potest fundi fructus percipere, nisi eodem utatur, eumque colat: quamquam usus sine fructu potest consistere (1).

(1) *L. Per servum* 14. §. 1. *ff. de usu, et habitatione* (7. 8.)

§. 1304.

Modo diximus, fructum sine usu non consistere: quod ut melius intelligatur, notandum est, usum duplicem habere sensum: videlicet accipi posse tum pro facultate naturali, quae unicuique competit, ut rebus suis, vel etiam illis, quarum percipit fructus, atque emolumentum habet, utatur, fructuum percipiendorum caussa: vel pro speciali quadam servitute, quae ab ususfructu secernitur, eoque restrictior est.

§. 1305.

Ergo ususfructus neque esse, neque concipi potest sine usu, sumpto pro naturali facultate praedio utendi, ad percipiendos fructus omnino necessaria; atque hoc sensu dixit Ulpianus, fructui inesse usum, neque fructum sine usu esse posse (1). Altero sensu fructus, sive ususfructus sine usu consistit; licet enim testatori, ejusdem praedii usumfructum uni legare, alteri usum (2).

(1) *D. l. Per servum* 14. §. 1. *ff. de usu, et habitatione* (7. 8.)

(2) *D. l.* 14. §. *ult.*

§. 1306.

Cum testator uni usum, alteri usumfructum legat, usuarius jus habet percipiendi, quod ad victum quotidianum sibi necessarium est; reliqui fructus ad usufructuarium pertinebunt (1): atque ita usufructuarius, et usuarius in ejusdem praedii usu concurrunt (2); quia neuter concessae servitutis emolumentum habere potest, nisi praedio utatur (§. praeced.). Sane fieri potest, ut amplius habiturus sit usuarius, quam usufructuarius; imo, ut nihil supersit usufructario, si mediocris praedii usus legatus sit (3).

(1) *Fundi usu legato, licebit usuario, et ex penu, quod in annum duntaxat sufficiat, capere. L. Fundi* 15. *ff. de usu, et habitatione.*

(2) *Si tibi usus, mihi fructus, legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum. D. l. Per servum* 14. §. *Usu* 2. *ff. eod. tit.* Inst. l. 2. tit. 4.

(3) *Fundi usu legato, licebit usuario, et ex penu, quod in annum dumtaxat sufficiat, capere; licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur; quia et domo, et servo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset. D. l. Fundi* 15. *ff. de usu, et habitatione.* ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit 33.

§. 1307.

Certissima haec sunt, nec in dubium revocantur. Sed difficultas esse potest in iis casibus, in quibus aeque certa non est testatoris voluntas, quid usus nomine intellexerit. Singulos expendamus. Si testator Titio usum leget, fructu deducto, inutile esse legatum tradit Ulpianus ex Pomponii sententia (1); cur autem inutile sit hujusmodi legatum, haec passim affertur ratio, quod testator *usus* verbo significare voluerit naturalem facultatem utendi praedio, ex quo fructus percipiuntur, sine qua ususfructus consistere nequit (§. 1308): quo fit, ut legatum vires habere non possit.

(1) *Denique si tibi fructus, deducto usu, legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius . . . . scribit. D. l. Per servum* 14. §. 1. *ff. de usu, et habitatione* (7. 8.)

§. 1308.

Testatorem vero, in proposita specie, usus nomen ad naturalem utendi facultatem demonstrandam usurpasse, ex eo inferri solet, quod alteri usus, tamquam specialis servitus, relictus non sit, neque praesumi possit, testatorem voluisse, ut penes haeredem maneret, ad quem omnia bona perventura sunt, adeoque in ea conditione fingi nequit, ut praedii usu indigeat: praeterquamquod usus hic jure servitutis haeredi competere nequit vetante juris regula, ex qua res sua nemini servit (1).

(1) *L. Uti frui* 5. *ff. si ususfructus petatur.* (7. 6.), *l. In re communi* 26. *ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)

§. 1309.

Ita passim ratiocinantur juris interpretes, ut Pomponii, et Ulpiani sententiam (1) adstruant. Non desunt tamen, qui existiment, utile esse legatum fructus, deducto usu; itaut usus apud haeredem esse debeat, non tamquam servitus, ne res sua ei serviat: sed tamquam facultas percipiendi ea, quae sibi ad victum necessaria sunt, ut deinde reliquos fructus usufructuario concedat; atque hoc nituntur generali argumento, quod et naturali aequitate, et civili jure firmatur, testatorum dispositiones, quantumvis ambiguas, imo et perperam scriptas, si obvius verborum sensus inspiciatur, benigne tamen explicandas esse, atque ex verosimili testatoris mente (2), ut, quantum fieri potest, potius sustineantur, quam pereant (3).

(1) *In d. l. Per servum* 14. §. 1. *ff. de usu, et habitatione.*

(2) *Cum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. L. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dubiis* (34. 5.)

(3) *L. Quotiens* 12., *l. Ubi est* 21. *ff. eod. tit.*

§. 1310.

Ad id autem, quod alii objiciunt, non videri eam fuisse testatoris mentem, ut praedii usus ad victum quotidianum competeret haeredi, quem omnium bonorum successorem fecit, respondent, legatum usus non semper usuarii necessitate inniti. Quare, inquiunt, haeres, dominii jure, fructus usu respondentes sibi habebit, et caeteri ad usufructuarium pertinebunt; quemadmodum contingit in ea specie, qua Titius Sempronio promiserit usumfructum fundi, atque deinde Sempronius acceptilatione Titium liberet ab usu: videlicet promisso dominii jure ea retinebit, quae natura usus fert, caeteris fructibus Sempronio concessis (1).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *Si quis, usumfructum stipulatus, usum accepto tulerit: si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito, liberatio non continget. Si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere. L. Et per jusjurandum* 13. §. *Si quis* 3. *ff. de acceptilatione* (46. 4.)

§. 1311.

Sed qua ratione solvi potest, quod tradunt Ulpianus, et Pomponius, inutile esse legatum fructus deducto usu (1)? Utriusque jureconsulti sententia ad eum casum pertinere dicenda est, quo constet, testatorem voluisse usum, tamquam naturalem re utendi facultatem, a fructu dividere, forte metuens, ne usufructuarius re abutatur.

(1) *D. l. Per servum* 14. §. 1. *ff. de usu, et habitatione* (7. 8.)

§. 1312.

Caeterum, quamvis nec inepte defendi possit, ratum esse legatum fructus deducto usu, non tamen viribus subsistit ademptio usus, cum prius legatus fuerat ususfructus (1); in priore enim specie id agitur, ut favore legatarii ambigua testatoris dispositio sustineatur, quod suadet aequitas (2); potissimum quia morientes liberaliores esse solent, adeoque benigna interpretatione eorum voluntas adjuvanda est (3).

(1) *Sed si, fructu legato, usus adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademptionem: quae sententia benignior est. D. l. Per servum* 14. *ff. de usu, et habitatione.* (7. 8.)

(2) *D. l. Quotiens* 12., *d. l. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dub.* (34. 5.), *l. Semper in dubiis* 56. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. In testamentis* 12. *ff. eod. tit.*

§. 1313.

In priore autem specie quaestio est de ademptione, et revocatione voluntatis, quae odiosa est (§. 203. D.). Quare non sinit aequitas, ut legatarius beneficio, testatoris liberalitate, aperte concesso privetur, nisi aeque certo constet de voluntatis mutatione, seu legati ademptione; quod non contingit, cum testator fructu legato adimit usum; utpotequia testatoris dispositio effectum suum plene sortiri potest, etiamsi legatarii favore ita verba interpretemur, ut eidem fructus deducto usu supersit.

§. 1314.

Neque nocet, quod de creditore traditur, cui, promisso usufructu, valere potest acceptilatio usus, favore debitoris (1); diversa siquidem est debitoris caussa ab ea legatarii; debitor unice intendit damnum vitare, se a suscepta obligatione eximendo: quare pro eo benignior, quantum fieri potest, interpretatio facienda est (2), contra legatarius rem habet cum haerede, qui in omne jus defuncti succedit; adeoque in dubio pro legatario respondendum est, ad quem tantummodo pars bonorum est perventura (3). Ergo inutilis esse debet usus ademptio, post quam legatus fuerat ususfructus.

(1) *D. l. Et per jusjurandum* 13. §. *Si quis* 3. *ff. de acceptil.* (46. 4.)

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat., et act.* (44. 7.)

(3) *Equidem alibi diximus, favorabiliorem esse caussam haeredis, quam legatarii, quia haeres magis dilectus testatori praesumitur* (§. 177. *D.*); *sed regula haec obtinet, cum de legato non adhuc certo constat: cum autem certa esse incipit testatoris legantis voluntas, ab ea odio legatarii testatorem recessisse non respondemus, nisi mutata voluntas demonstretur.* §. 203. *D.*

§. 1315.

Quae hactenus disputavimus, apertissime ostendunt, usum adhuc legatario competere, cum testator, legato usufructu, fructum tantum ademit, non adempto usu; videlicet legatarius ea, quae ad quotidianum victum sibi necessaria sunt, percipere poterit, reliqui fructus jure dominii ad haeredem pertinebunt, vel jure servitutis ad usufructuarium, si quem testator nominaverit (1).

(1) *Sed, si fructus sine usu, videri constitutum, qui ab initio constitui potest. D. l. Per servum* 14. §. 1. *prop. fin. ff. de usu, et habit.* (7. 8.) *: videlicet duo verba in hoc fragmento adjicienda sunt, ut ita legatur:* sed si fructus sine usu adimatur, videri constitutum usum, qui ab initio constitui potest. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1316.

Haec quidem vera sunt, cum testatoris voluntas manifesta est, ut fructum quidem adimere velit, non autem usum; alioquin enim, cum nihil intersit; ut proprietas ab usufructu dividatur, an testator dicat, se legare usumfructum, an fructum (§. 1303), ita legatum usumfructum testator adimere existimatur, sive ususfructus, sive fructus vocabulum usurpaverit; utpotequia eadem utriusque significatio est (1).

(1) *Et, si forte usufructu legato, fructus adimatur totum videri ademptum scribit. D. l.* 14. §. 1. *ff. de usu, et habitation.*

§. 1317.

Quod diximus (§. 1303.) legatum existimari usumfructum, sive testator usumfructum dixerit, sive fructum, praesumpta testatoris voluntate innititur. Si ergo indicia suppetant, vel conjecturae, quibus argui possit, testatorem, non ususfructus servitutem relinquere voluisse, sed tantummodo praedii fructus, praestari quidem legatario debebunt, sed ab haerede, cui jus competet eosdem percipiendi.

§. 1318.

Hinc Scaevola interrogatus, utrum relictus esset ususfructus in ea specie, qua testator sextam fructuum agri partem alteri legaverat, respondit, non usumfructum, sed fructuum dumtaxat partem legatam videri (1); nec immerito; non enim sciri potest, quae sit sexta fructuum pars, nisi prius haeres omnes perceperit. Servitus ergo ususfructus, quae secum trahit jus percipiendi fructus (§. 1305), legata non est.

(1) *Sempronio do, lego ex redactu fructuum . . . . partem sextam. Quaeritur, an his verbis ususfructus legatus videatur? Respondi, non usumfructum, sed ex eo, quod redactum esset, partem legatam. L. Defuncta* 58. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1319.

Praecipuam meretur animadversionem, quod subjicit idem jureconsultus, legata certa fructuum quantitate, nullo praefinito temporis spatio, perpetuum censeri legatum, itaut ab haerede sexta pars fructuum legatario praestanda sit, quamdiu hic vixerit, nisi haeres aliam fuisse demonstret testatoris voluntatem (1); quae definitio praesumpta testatoris voluntate nititur, qui, dum non meminit temporis, quo debeat coerceri legatum, legatario, quoad vixerit, consulere voluisse praesumitur.

(1) *D. l. Defuncta* 58. §. *ff. hoc tit.*

§. 1320.

Quaeri potest, quodnam ferendum sit judicium, cum testator non fructuum partem, nec usumfructum, nec fructum, aut fructus, sed reditus legavit. Fundi reditibus, uxori per damnationem relictis, respondit Scaevola, haeredi licere fundum vendere, dummodo quantitatem annuam legatario praestet, quae vivo patrefamilias ex locatione redigi consueverat (1). Ex quo innuit jureconsultus, non usumfructum fundi, sed illius emolumentum ab haerede prius percipiendum relictum videri. Sed definitionem hanc ex legandi modo per damnationem deduxisse videtur Scaevola; neque enim haeres reditus fundi legatario dare potest, nisi prius eos perceperit. Si ergo reditus per vindicationem, praeceptionem, vel sinendi modo relicti proponerentur, fundi ususfructus legatus videretur.

(1) *L. Fundi Aebutiani* 38. *ff. de usufruct. legat.* (33. 2.)

§. 1321.

Perpensis legandi modis, quibus uti potest testator, cum alibi vult esse proprietatem, alibi usumfructum, atque regulis explicatis, quarum ope dignoscatur, utrum servitus ususfructus, an ipsi tantum praedii fructus relicti fuerint, aliqui supersunt

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

modi, quibus dubitari potest, utrum testator solum usumfructum legare voluerit, an simul rei proprietatem.

§. 1322.

Duplex distinguitur formularum species: aliae sunt, quibus testator, postquam aperte usumfructum legavit, aliquid adjicit, quod illi tantummodo convenire potest, qui rei proprietatem habeat: aliis contra testator, proprietate prius legata, aliquid subjicit, ex quo significare videtur, solum usumfructum legare velle. Quaeritur ergo, utrum prioribus, praeter usumfructum, proprietas ipsa contineatur: posterioribus vero fiat, ut legatum proprietatis abeat in legatum ususfructus.

§. 1323.

Tria sunt primi generis exempla. 1. Cum testator usufructuario onus injungit servitutis fundo imponendae: 2. Cum usufructuario permittit, ut fundum alienet: 3. Cum praedium, cujus usumfructum legavit, ab usufructuario restitui jubet domino proprietatis.

§. 1324.

Tria quoque sunt posterioris generis exempla: primum invenitur in ea specie, qua testator fundi quidem proprietatem leget, sed simul rationem legandi adjicit, quae ad usumfructum pertinere videtur: puta, ut legatarius fundo utatur, fruatur, vel ex eo necessaria percipiat alimenta. Alterum est, quum testator fundum ea conditione legat, ut penes legatarium sit, quoad vivat. In tertio denique testator legatario facultatem alienandi tribuit, vel denegat. Singula expendamus.

§. 1325.

Sed antequam speciatim exempla haec perscrutemur, generales regulas inquirere oportet, quarum ope in hac re voluntas testatoris innotescere possit. Duas ergo regulas statuimus; 1. Adjectio a testatore facta legati naturam non immutat, nisi ex adjectione inferri eadem certitudine possit voluntas mutandae legati naturae, quemadmodum certa erat prior testatoris legantis voluntas: 2. Voluntas haec mutandae legati naturae tunc habetur, quoties adjectio omnino non potest conciliari cum legati prioris indole, atque constat testatorem omnino voluisse, ut utraque legati pars aeque vim suam obtineat.

§. 1326.

Utrumque principium veritati consentaneum facile demonstratur; cum enim certa est voluntas testatoris, qui proprietatem, vel usumfructum legaverit, etiamsi deinde aliquid adjiciat, ex quo dubitari possit, utrum naturam legati immutare voluerit; mutatio tamen haec facile praesumi non debet (§. 203. D.): potissimum si adjectio commodam recipiat interpretationem, ex qua cum priore legato componatur.

§. 1327.

Si autem adjectio a legati natura ita sit aliena, ut secundum genuinae interpretationis regulas cum ea conciliari nequeat, satis firmum argumentum suppetit, quo dicatur testator a priore voluntate recessisse; neque enim ambiguam testatoris mentem ita explicare licet, ut corruat ejus dispositio, quatenus ea statuit, quae invicem componi nequeunt; cum immo aequitatis regula sit, civili jure firmata, benigna interpretatione morientium voluntatem explicandam esse, ne quantum fieri potest, perperam egisse judicentur (1).

(1) *L. Quotiens* 12., *l. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dub.* (34. 5.)

§. 1328.

Hisce praehabitis, cum dubitatur, utrum ex formulis a testatore adjectis legato ususfructus, vel proprietatis legati natura immutetur; seu utrum legatum ususfructus abeat in plenae proprietatis legatum, aut viceversa, inspiciendum est, utrum adjectio a priore legato aliena sit, necne. Si cum eo componi possit, firma erit prioris legati natura; alioquin mutationem passa judicabitur, vi adjectionis.

§. 1329.

Si ergo testator, postquam fundi usumfructum legavit, onus legatario imponat, quod ex sui natura ferri debeat ab eo, qui rei proprietatem habet, veluti servitutis fundo usufructuario imponendae in alterius praedii utilitatem, quaeritur, utrum per hanc adjectionem legatum ususfructus transeat in legatum proprietatis. In hac autem quaestione distinguendum in primis est, utrum servitus imponenda in omittendo consistat; omittendo, inquam, quod usufructuario facere non liceret, quamvis testator fieri speciatim non prohibuisset; puta altius non tollendi aedificium cujus usufructu potitur: utrum in patiendo, quod ex natura ususfructus pati non tenetur; veluti ut iter concedat haeredi, vel extraneo per fundum usufructuarium. Si servitus tantum in omittendo consistat, rursus distingui solet, utrum favore haeredis, an potius extranei cessura sit servitus.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit. 33.

§. 1330.

Cum servitutis imponendae vi, haeredis favore, usufructuarius omittere debet, quod alias facere non potest, veluti altius non tollere aedificium (1), certum est legati naturam hujusmodi adjectione immutatam non esse; tum quia ususfructus indoli non repugnat, sed omnino consentanea est (2); tum quia adjectio haec ex abundanti facta praesumi debet, ne forte usufructuarius dolo, vel ignorantia limites suae potestatis egrederetur; vel etiam ignorans forte testator, quae usufructuario licent, aut denegantur, perperam expressit, quod legato inerat.

(1) *L. Si cujus rei* 13. §. *Sed si aedium* 7. *in fine ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 13. §. 7. *in fine.*

§. 1331.

Neque huic sententiae contrariam adstruit Pomponius, cum ex Proculo ait, posse testatorem insulam, ejusque usumfructum ita legare, ut ei servitus imponatur in alterius insulae haereditariae utilitatem, atque modum adjicit, quo exprimatur legatum, videlicet: *si ille haeredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, tum ei eorum aedificiorum usumfructum lego; vel etiam hac ratione: aedium illarum, quoad altius, quam uti nunc sunt, aedificatae non erunt, illi usumfructum do, lego;* neque enim Pomponius docet, legato usufructu cum onere servitutis imponendae, fundi proprietatem legatario acquiri, sicuti perperam asserunt, qui contrariam tuentur sententiam; sed speciem petractat Pomponius de testatore, qui tum proprietatem, tum usumfructum fundi legare velit (1), ita tamen ut huic fundo imponenda sit servitus a legatario in utilitatem fundi haereditarii: atque modum testatori demonstrat, quo facilius obtineatur hujusmodi servitutis impositio; vel jubendo, ut legatarius caveat haeredi, se altius non elaturum; vel usumfructum tantummodo relinquendo, quamdiu aedificium non fuerit elatum.

(1) *Non enim, ait Pomponius,* Proculus putat insulae usumfructum ita posse legari, *sed insulam, cujus nomine proprietas ipsa continetur. D. l.* 19. *ff. hoc tit.*

§. 1332.

Minus nocet, quod objicit Voet (1), gratis fingi, quod dicimus in proposita specie rei usumfructum legatum fuisse, non proprietatem; cum plane de eo disputetur, utrum proprietas, an solus ususfructus relictus sit; etenim laudatus auctor duas res longe diversas confundit. Equidem fallacia esset, quae a philosophis petitio principii appellatur, si in proposita specie testatoris, qui legato prius usufructu fundi, onus imponendae servitutis in haereditarii praedii utilitatem usufructuario adjecit, si, inquam, in hac specie tum priora legati, tum posteriora adjectionis verba, solum ususfructus legatum continere affirmarentur; quia de hoc plane controversia est: sed cum dicimus prioribus legati verbis usumfructum contineri, illud affirmamus, de quo omnes consentiunt, et ipse Voet (2).

(1) *In Pandect. hoc tit. num.* 10.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(2) *Ita enim quaestionem hanc exponit:* ad haec, si uxori, vel alteri cuicumque datus sit usufructus rei, addita alienationis prohibitione; vel aedium ususfructus sic legatus, addita clausula, si legatarius haeredi promittat, se altius eas aedes non elaturum.

§. 1333.

Idem videtur ferendum esse judicium, si testator legatario injunxerit, ne aedes, quarum usumfructum habet, altius tollat, in utilitatem praedii, quod ad extraneum, non ad haeredem pertineat; eaedem quippe rationes locum habent, adjectionem hanc legati ususfructus indoli apprime consentaneam esse, atque testatorem ita forte statuisse ignorantem jus legatarii, vel ejus dolum metuentem (§. 1330.).

§. 1334.

Difficilior quaestio est, cum servitus ab usufructuario imponenda eo pertinet, ut aliquid pati cogatur in alterius praedii utilitatem, quod, seclusa testatoris dispositione, pati non teneretur: veluti, ut iter, vel aquae ducendae servitutem praestet per fundum usufructuarium, alicujus extranei favore. In hac autem quaestione passim defendunt juris interpretes, proprietatem fundi legatam esse; cum enim, inquiunt, servitus fundo usufructuario, neque ab eo, qui usumfructum habet, neque ab ipso proprietario imponi possit (1); utpotequia ad vim servitutis requiritur, ut plenum fundi dominium habeat, qui eam cedit (§. 874.), consequens omnino est, legatum ususfructus ex hujusmodi onere abire in legatum proprietatis, juxta regulam supra propositam, ex qua per adjectionem mutatur legati natura, quoties adjectio cum ejus indole conciliari non potest. (§. 1325.)

(1) *L. Sed si quid* 15. §. *Sed nec servitutem* 7. *ff. hoc tit.*

§. 1335.

Ita passim ratiocinantur interpretes. Verum non ita urgent haec argumenta, ut nullus sit solutionis modus. Equidem non diffitemur, ex juris Romani sanctione servitutem imponi non posse ab usufructuario, quia fundi dominus plene non est: defendi tamen posset, testatorem imperitia lapsum ita statuisse, cum putaret, potissimum interveniente testatoris legantis auctoritate, facultatem hanc usufructuario competere; atque ita suppleri, quod deest potestati legatarii: aequius propterea nullum dici legatum in ea parte, qua usufructuario onus adjicit, quod per leges ferre non potest; quam contra testatoris mentem ab haerede proprietatem auferre, ut legatario praestetur. Saltem ergo haeredi permittendum est ut aliud sensisse testatorem demonstret (§. 1325.)

§. 1336.

Quod si fingamus legatario onus injunctum, ut haeredis favore servitutem constituat, puta per usufructuarium fundum transeundi, vel aquaeductum habendi, si strictam juris rationem inspiciamus, ex qua fructuarius fundus haeredi servire non potest (1), quia ad haeredem magis propter jus proprietatis, quod longe pinguius est, quam ad usufructuarium pertinere judicatur (§. 1282.), legata videtur fundi proprietas (§. 1325.). Sed haec definitio exceptionem habere debet in ea specie, qua constet, testatorem haeredi favere voluisse, adeoque jus quoddam personale induxisse, ut aliquando contingit, et Romanae ipsae leges admittunt (§. 1197, et seqq.)

(1) *L. Uti frui* 5. *ff. si ususfruct. petat.* (7. 6.), *l. In re communi* 26. *ff. de servitutib. praed. urban.* (8. 2.)

§. 1337.

Alterum prioris speciei exemplum tunc occurrit, cum testator relinquit usumfructum, adjecta legatario obligatione restituendi fundum, cujus fructus percipit: adeoque dubitatur, utrum per hanc adjectionem legata proprietas sit. Sunt, qui indistincte affirmant: alii, quorum sententia veritati magis, et menti testatoris consentanea videtur, distinguendum putant, an praedii restitutio haeredi fieri debeat, an extraneo.

§. 1338.

Cum restitutio fundi fructuarii haeredi ipsi facienda est, usufructus legatum in legatum proprietatis neutiquam abire defendunt: cum enim ita ferat usufructus natura, praesumi potest testator ex abundanti legatarium de officio suo monere voluisse: vel etiam ignorantia lapsus, expressis verbis legatario injunxisse, quod ex rei indole, et legum sanctione tacite inerat. Cum ergo adjectio haec a prioris legati natura non sit aliena; imo ei per se inhaereat, argumentum praebere nequit, quo testator dicatur a priore voluntate recessisse (§. 1325.). Aliud est, si testator nullum scripserit haeredem, sed restitutionem faciendam injunxerit legatario (§. 1300.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1339.

Qui contra sentiunt, plurima objicere solent legum fragmenta, ex responsis jureconsultorum, Marciani (1), Scaevolae (2), Papiniani (3). Verum, quod pertinet ad tres priores leges, quae objiciuntur, apertissimum est, in eis non agi de usufructu legato cum onere fideicommissi, sed de proprietate relicta, adjecto restitutionis per fideicommissum faciendae onere. Quare nec adstruunt sententiam nostram, nec eidem adversantur, utpote aliena a questione, quam pertractamus.

(1) *L. ult. ff. de usufructu earum rer. etc.* (7. 5.)

(2) *L. Species auri* 15. *ff. de auro, et argento legat.* (34. 2.), *l. Filios haeredes* 39. *ff. de usu, et usufructu legato* (33. 2.)

(3) *L. Qui fructus* 25. *ff. eod. tit.*

§. 1340.

Expendendum ergo superest Papiniani responsum, quo magis fidunt, qui aliam tuentur sententiam. Sed in primis animadvertere oportet, eos non directe argumentari, sed a contrario sensu argumentum elicere ex verbis Papiniani: nimirum, inquiunt, Papinianus speciem expendens, qua vir mulieri reliquerit usumfructum praediorum, et simul jusserit, ut praedia cum reditibus ad haeredes suos redirent, respondet: testatorem, imperitia lapsum, nullum fideicommissum, neque proprietatis, neque fructuum instituisse (1): rationem adjicit jureconsultus, cur nullum sit fideicommissum fructuum, videlicet fructuum nomine ex verosimili testatoris mente, qui uxori favere voluit, eos significari putat, non qui jure usufructus percepti fuerint, sed qui post uxoris mortem percipi possent, qui sane haeredi restitui nequeunt; cum ex ipsa usufructus natura, fructuario decedente, ad haeredem perveniant (2).

(1) *Qui fructus praediorum uxori reliquit, post mortem ejus, praedia cum reditibus ad haeredes suos redire voluit, imperitia lapsus nullum fideicommissum dominus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reverti dedit. D. l. Qui fructus* 25. *ff. de usu, et usufructu legato.*

(2) *Etenim reditus futuri, non praeteriti temporis demonstrati videbantur. D. l.* 25. *in fine ff. de usu, et usufructu legato.*

§. 1341.

Cur autem proprietatis fideicommissum in proposita specie nullum sit, non aperit jureconsultus, proinde superest ejus responsi in hac parte exquirenda ratio, quae tamen facile dignosci potest, si proposita jureconsulto species perpendatur; agit enim de legato usufructus (1), cum onere fideicommissi: usufructus indoles ea est, ut legatarius tantummodo fructus habeat, proprietate interim remanente penes haeredem. Huic ergo restitui non poterat, quamvis naturalis fundi possessio, quae viventi usufructuario competebat (§. 791.), eo decedente ad proprietarium revertatur.

(1) *Qui fructus praediorum uxori reliquit. D. l.* 25. *in principio ff. de usu et usufruct. legat.*

§. 1342.

Sed videamus qua ratione sententiam suam ex Papiniani responso firment adversarii. Papinianus docet, testatorem, qui fructus reliquit cum onere fideicommissi, neque pro-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33. prietatis, neque fructuum fideicommissum instituisse; quia imperitia lapsus est, ignorans usumfructum finiri per usufructuarii mortem (1). Si ergo, inquiunt, testator ususfructus naturam scivisset, proprietatis legatum cum onere fideicommissi institutum, respondisset jureconsultus.

(1) *D. l. 25. ff. de usu, et usufruct. legat.*

§. 1343.

Sed, undenam arguunt, qui ita ratiocinantur, ex mente Papiniani nullum in proposita specie fideicommissum esse, quia testator imperitia lapsus fuit? Equidem ait jureconsultus, testatorem imperitia lapsum, nescientem, decedente usufructuario, fundum cum fructibus ad haeredem reversurum, nullum fideicommissum reverti dedisse; non autem docet, idcirco nullum esse fideicommissum, quia testator imperitia lapsus fuit, quemadmodum gratuito supponitur.

§. 1344.

Sed esto, concedamus, Papinianum non alio fundamento existimasse, neque proprietatis, neque fructuum fideicommissum in proposita specie consistere potuisse, quia testator imperitia lapsus fuit; non inde tamen inferri potest, proprietatis fideicommissum institutum, si testator ususfructus naturam perspectam habuisset; sed tantummodo colligere licet, vel solius proprietatis, vel fructuum tantummodo, vel proprietatis simul, et fructuum fideicommissum reverti dedisse testatorem, qui ususfructus indolem non ignorasset; cum enim prius tradiderit jureconsultus, ex testatoris ignorantia factum fuisse, ut nullum sit fideicommissum, neque proprietatis, neque fructuum, consequens est, ignorantia sublata, alterutrius, vel utriusque institutum esse fideicommissum.

§. 1345.

Cum autem Papinianus, responsi sui rationem adjiciens, proprietatem amplius non commemoret, in ea potius videtur fuisse sententia, deficiente testatoris imperitia, fideicommissum fructuum, non quidem futuri temporis, qui decedente fructuario per se haeredi acquiruntur, sed praeteriti institutum fuisse: quod non obscure innuit jureconsultus, cum ait, nullum esse fideicomissum fructuum, quia testator futuros reditus demonstrasse videtur (1).

(1) *Etenim reditus futuri, non praeteriti, temporis demonstrati videbantur. D. l. 25. in fine ff. de usu, et usufructu legato.* (32. 2.)

§. 1346.

Hactenus disputata pertinent ad eum casum, quo fundi usufructuarii restitutio, ex testatoris voluntate, haeredi ipsi facienda sit: si autem fundus extraneo restitui debeat, sentiunt fere omnes, vi hujus adjectionis legatum ususfructus transire in legatum proprietatis; quia legato facta adjectio aliam interpretationem commode recipere nequeat (§. 1325.).

§. 1347.

Aliud sane affirmandum esset, si testator ipsius fundi restitutionem non praeciperet sed fructuum, qui ex eo colliguntur; nihil enim obstat, quominus legatum ususfructus ab uno in alterum transferatur, nec prius ad proprietarium redeat, quam decesserint omnes usufructuarii, vel alia quaecumque ratione usumfructum omnes amiserint.

§. 1348.

An vero praecepta a testatore ipsius fundi restitutio de fructibus intelligi debeat potius, quam de proprietate; ne facile nimis a priore voluntate recessisse existimetur, quaestio est ex adjunctis dijudicanda. Sane, cum voluntatis mutatio facile praesumi non debeat (§. 203. D.), si aliquae faveant conjecturae, quibus non obscure erui possit, testatorem fundi nomine, ejusdem fructus, quos usufructuario percipiendos reliquit, significasse, ex adjecto fundi restituendi onere inferri non poterit, legatum ususfructus proprietatis naturam induisse.

§. 1349.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit. 33.

Caeterum, qualecumque de hac quaestione judicium ferri debeat, maximum interest discrimen inter casum, quo testator solum usumfructum legaverit, atque eum, quo proprietatem reliquerit, adjecto restituendi onere: in primo enim a morte testatoris proprietas fundi haeredibus quaeritur: quare, etiamsi ante usufructuarium decedant, in successores transferunt, non tantum jus proprietatis, quod consecuti sunt, sed ipsam spem consolidationis ususfructus cum proprietate (1).

(1) *Argum. l. Si in personam* 21. *cod. de fideicom.* (6. 42.)

§. 1350.

In altero autem, si ante usufructuarium decedat ille, cui fundus restituendus erat, idem jus ad suos haeredes non transmittit; quippequod nondum nactus fuerat: sed restitutio fieri debet iis, qui adhuc superstites sunt, si forte plures testator nominaverit: quod si nemo supersit ex iis, quorum favore restitutio cessura erat, proprietas penes legatarium manebit(1).

(1) *L.* 1. §. *Dies autem* 2., *l. Haeres meus* 79. *ff. de condition., et demonstrat.* (35. 1.)

§. 1351.

Postremum exemplum legati ususfructus, cui adjectum sit id, quod ad proprietatem referri videtur, in ea specie occurrit, qua testator usufructuario fundi alienandi facultatem tribuat, vel deneget. Alterum ab altero secernamus. Si testator alienandi potestatem faciat, quidam distinguunt, utrum omnimoda, nec ullis restricta limitibus data sit alienandi facultas, an vero in iis tantum casibus, in quibus ita expostulet legatarii necessitas: itaut in priori quidem specie relicta videatur proprietas, non in altera. Censent alii, ex sola alienandi facultate, usufructuario permissa, nunquam videri legatam fundi proprietatem.

§. 1352.

In hac sententiarum diversitate, veritati magis consentanea videtur illa, quae indistincte negat, naturam legati ususfructus mutari, cum usufructuario permissum est, ut fundum alienet, ex quo percipit fructus; cum enim testator, juxta regulam supra propositam, a priore voluntate recessisse non existimetur, nisi adjectio cum priore legato conciliari omnino non possit (§. 1325.): certissimum autem in jure sit, alienandi facultatem dominio junctam perpetuo non esse, quemadmodum demonstrat Justinianus exemplo creditoris pignoratitii, cui, non solvente debitore, permittitur, ut pignus distrahat, cujus dominus non est (1): atque confirmari potest procuratoris exemplo, qui ex domini mandato rei dominium in alium recte transfert (2); tutorum pariter, quibus ex legis auctoritate licet res pupillorum distrahere. (3).

(1) §. 1. *instit. quib. alienar. lic., vel non* (2. 8.)

(2) §. *Ex his itaque* 5. *instit. per quas person. cuiqu. acquirit.* (2. 9.)

(3) *L.* 1., *et passim ff. de rebus cor.* (27. 9.)

§. 1353.

Certa quidem est juris regula, neminem plus juris in alterum transferre posse, quam ipse habeat (1). Sed hinc non sequitur, rei dominium ab eo tantummodo transferri posse, qui eodem potiatur; sufficit enim, si facultatem hanc dominii transferendi habeat, vel a domino, ut in procuratore, vel a lege, quemadmodum in tutore, et creditore pignoratitio contingit; cum enim in hisce casibus vices gerat ejus, qui rei dominus est, dominium ex alterius persona habere videtur.

(1) *L. Nemo* 54. *ff. de reg. jur.* (§. 50. 17.)

§. 1354.

Sane maximum discrimen interest inter eum casum, quo testator plenam alienandi facultatem usufructuario tribuerit, atque alterum, in quo facultas haec ad limites neces-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit. 33.

sitatis coercita sit; posteriore etenim casu fines a testatore praestituti servari debent; futurum alioquin, ut viribus alienatio subsistere nequeat, utpote non jure facta (1).

(1) *L. Nemo* 54. *ff. de reg. jur.*

§. 1355.

Quod si fundi quidem restitutionem praescripserit testator, simul autem concesserit, ut pro arbitrio distrahatur, dodrantem alienare potest legatarius, quarta tantummodo haeredi servata: nisi necessitas, aut pietatis ratio aliud suadeat: quo casu etiam quartae alienandae facultas ipsi non denegatur (1).

(1) *Novel.* 108. *cap.* 1.

§. 1356.

Cum proprietas fundi usufructuario data non videatur ex facultate alienandi concessa (§. 1352.); multo minus voluntas haec mutandi legati ususfructus in legatum proprietatis erui potest ex eo, quod fundi usufructuarii alienatio expresse prohibita sit; cum prohibitio haec alio fine facta praesumi debeat: veluti, ut muneris sui certior fiat usufructuarius, ne re abutatur; quae ad proprietatem suo tempore reversura est practerquamquod ex imperitia testatoris prodire potuit, qui ignoraret, hanc esse ususfructus indolem, ne usufructuario liceat rem alienare. Sane vix, ac ne vix quidem intelligi potest, qua ratione jus legatarii augeat testatoris dispositio eidem legatario odiosa.

§. 1357.

Sed inquiunt, qui contrariam tuentur sententiam, cum testator usufructuario alienandi potestatem denegat, aperte supponit eandem prius competiisse; adeoque rei dominium, a quo necessario pendet alienandi facultas; privatio enim, ut ajunt philosophi, supponit habitum, nec auferri potest, quod quis non habet. Sed facile solvitur hujusmodi argumentum: jam enim demonstravimus, alienandi facultatem aliquando a dominio sejunctam esse, exemplo creditoris pignoratitii, procuratoris, et tutoris (§. 1352.).

§. 1358.

Praeterea non semper verum est, quod objiciunt, ex prohibitione consequi praeviam rei facultatem, quae interdicitur: alioquin enim dicendum esset, praecisa lege ecclesiastica, et civili, homicidium, furtum, et his similia iisdem legibus permitti, utpotequia legibus positivis vetantur: atque, ut exemplum argumento, quod pertractamus, magis consonum proferatur, licere usufructuario, fundum tollere, vel evertere, si forte testator jubeat, ut eo tamquam bonus, et diligens paterfamilias utatur, fruatur. In hac ergo quaestione obtinere debet vulgata juris regula, ex qua *non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio* (1).

(1) *L. Pediculis* 32. §. *Labeo* 6. *ff. de auro, et argent. legat.* (34. 2.) *V.* §. 196. *D.*

§. 1359.

Sed liberaliter concedamus, testatorem ex quo usufructuario alienationem denegat, praeviam alienandi facultatem, ipsumque fundi dominium supponere, quia ab ea separari nequeat. Indene facultas haec tributa videbitur, atque concessum fundi dominium? Minime sane; rerum enim dominia non praesumptionibus, sed pactionibus, et traditionibus actu inter vivos transferuntur (1); testamento autem voluntate sufficienter manifestata (§. 188. D.): voluntate inquam, sine qua rei dominium ab uno in alterum non transit (§. 771.), quae sufficienter manifestata sit; nemo enim sine voce dixisse, aut voluisse existimatur (2).

(1) *L. Traditionibus* 20. *cod. de pactis* (2. 3.)

(2) *L. Labeo ait* 7. §. *Servius* 2. *ff. de supellect. legat.* (33. 10)

§. 1360.

Expendenda supersunt posterioris generis exempla, in quibus testator, prius relicta fundi proprietate, aliquid addit, ex quo colligi videtur ususfructus tantummodo legatus.

Primum exemplum suppeditat testator, qui fundi proprietatem legans, rationem legandi adjiciat, ut inde legatarius necessaria percipiat alimenta; vel ut eo utatur, fruatur. Certissimum est, naturam legati per adjectionem hanc non immutari (1); haec enim adjectio, ut scite animadvertit jureconsultus, magis pertinet ad caussam legandi, quam ad constituendum usumfructum (2). Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *L. Libertis* 4. *ff. de aliment., vel cibar. legat.* (34. 1.)

(2) *L. Cum alimenta* 22. §. 1. *in fine ff. eod. tit.*

§. 1361.

Sed quid, si testator, haerede universali instituto uno ex duobus fratribus, quos superstites reliquit, alteri legaverit fundum; ea tamen conditione adjecta, ut vivente legatario fundi fructus inter hunc, atque haeredem universalem aequis partibus dividantur, ratione itidem superaddita, ut ita facilius servetur, quae saepe rara est, inter fratres concordia? Dicemusne legatum proprietatis converti in legatum ususfructus, ut legatario decedente fundus ad haeredem universalem pleno jure pertineat?

§. 1362.

Haeredi favet duplex ratio. Prima, quod deterioris conditionis esse non debeat mortuo fratre legatario, quam eo vivente; cum imo testator magis dilexisse existimetur legatarium fratrem, quam legatarii haeredem, qui forte testatori ignotus est. Altera ex eadem praesumpta testatoris dilectione eruitur, qui propensior judicari debet fratri, quem universalem haeredem scripsit, quam haeredi legatario, extraneo fortassis, et ignoto (1).

(1) *Optima quidem est explicandae voluntatis ratio, quae ex praesumpta testatoris voluntate, et affectione desumitur* (§. 191. *D.*). *Sed obesse videtur, quod omnes probant, in claris non admitti voluntatis quaestionem.* §. 190. *D.*

§. 1363.

Verum, cum ex proposita superius regula (§. 1325.), quae ab omnibus probatur, testator per adjectionem legato factam, a priore voluntate recessisse non existimetur, nisi adjectio cum prioris legati indole conciliari nequeat: conditio autem dividendorum fructuum haeredem inter, et legatarium, maxime qui fratres sint, a proprietatis legato aliena nullatenus videri possit (1), firma esse debet legatae proprietatis natura.

(1) *L. Libertis* 4., *l. Cum alimenta* 22. §. 1. *ff. de aliment., vel cibar. legat* (34. 1.)

§. 1364.

Proprietas quoque fundi relicta existimatur, cum testator ejus alienationem prohibet, sive indistincte, sive tantummodo extra casum necessitatis; neque enim alienandi facultas dominio ita inhaeret, ut ab eo separari nequeat (1); quemadmodum constat exemplo pupillorum, minorum, et his similium, qui dominio quidem rerum suarum potiuntur, in alterum tamen illud transferre nequeunt, lege prohibente (2); atque eadem ratio est mariti, cui interdicitur fundi dotalis alienatio, quamvis civile ejus dominium habeat (3).

(1) *Princip. instit. quib. alien. licet, vel non* (2. 8.)

(2) §. *Nunc admonendi* 2. *instit. eod. tit.*

(3) *D. Princip. instit. eod. tit.*

§. 1365.

Explicatis modis, quibus testamento constitui potest ususfructus, atque elucidatis quaestionibus, quae institui solent, ut dignoscatur testatoris legantis voluntas, non abs re est, obiter exponere, quando dies ususfructus legati cedat, sive quando jus quaesitum sit usufructuario, etiamsi forte usumfructum adhuc petere nequeat; quia, sicuti notat Ulpianus, aliud est cedere diem, aliud venire diem: cedit dies, cum incipit res deberi; venit autem dies, cum res peti potest (1).

(1) *L. Cedere diem* 113. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

Inst. l. 2 tit. 4. ff. l. 7 tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1366.

Hoc interest discrimen inter legatum proprietatis, atque legatum ususfructus, quod prioris dies cedit a morte testatoris, si purum sit legatum, vel ad diem certum (1): contra dies pure legati ususfructus non cedit, nisi postquam haeres adiit haereditatem (2); si autem ex die relictus sit ususfructus, nonnisi eo veniente cedit ususfructus dies (3). Diversi hujus juris ratio ex eo petenda est, quod legata proprietas in haeredes transfertur; ususfructus vero, utpote personale jus, in persona legatarii consistit, nec transit ad ejus haeredes, adeoque frustra dies cederet, antequam haereditas adita sit (4); cum ante hoc tempus fundi fructus ab usufructuario percipi nequeant (5). Quod autem de usufructu dicitur, ex rationis identitate usui (6), et habitationi accommodatur (7).

(1) *L. Si post diem* 5. §. 1. *ff. quando dies legator.* (36. 2.)

(2) *L. unica* §. *Dies* 2. *ff. quando dies ususfructus legati ced.* (7. 3.); *d. l.* 5. §. *ult. ff. quando dies legat.*

(3) *D. l. unica* §. *Item si ex die* 3.

(4) *L. Si pure* 2., *et l. seq. ff. quando dies legator.*

(5) *D. l. unica* §. *Dies autem* 2. *ff. quando dies ususfruct. legati cedat.*

(6) *D. l. unica* §. 2., *d. l.* 2. *ff. quando dies legator.*

(7) *D. l.* 2., *et l. Si habitatio* 9. *ff. quando dies legator.*

§. 1367.

Cum autem non patiatur aequitas, ut alter cum alieno dispendio locuples fiat (1), vel ex proprio dolo emolumentum referat (2), merito constitutum est, ut fructus a die morae usufructuario debeantur, si haeres incuriose, vel fraudolenter differat adire haereditatem (3).

(1) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

(2) *L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Qui usumfructum* 36. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1368.

Non eadem omnino regula servatur, cum ususfructus simpliciter legatus non est, sed vel alternis annis, mensibus, vel in annos singulos relictus; cum enim plura in hisce speciebus reputentur legata (1), eorum dies singulis annis, mensibus, vel diebus cedit (2).

(1) *Si ususfructus* 28. *ff. quibus modis ususfructus amittitur* (7. 4.), *l. Cum ususfruct.* 13. *ff. de usu, et usufructu legato* (33. 2.)

(2) *D. l. unica in princip. ff. quando dies ususfruct. legat. cedat.* (7. 3.)

§. 1369.

Neque objiciatur, annui legati diem cedere a morte testatoris, et ante aditam haereditatem (1); licet enim annuum legatum in quibusdam simile sit usufructui in legato annos singulos (2), in eo tamen differt, quod annuum legatum servitutis personalis naturam habere non reputatur, sed puri, et simplicis legati, quo fit, ut etiam in haeredes interdum transeat (3), et perpetuum sit (4). Cum ergo potius ad legatum proprietatis accedat, ejusdem legibus regi debet.

(1) *L. Nec semel* 12. §. *Item Celsus* 3. *ff. quando dies legator.* (36. 2.)

(2) *L. In singulos* 8. *ff. de annuis legatis* (33. 1.)

(3) *L. In annalibus* 22. *cod. de legat.* (6. 37.)

(4) *L. Annua* 20. §. 1. *ff. de annuis legat.*, *l. Sancimus* 46. §. *Si vero aliqua* 9. *cod. de Episcop., et clericis.* (1. 3.)

§. 1370.

His addi potest. annuum legatum ingressu cujuslibet anni deberi, itaut, decedente legatario post anni initium, hujus anni legatum in haeredes transmittatur; cum tamen

usufructuarius haeredi suo fructus non relinquat, si iis nondum perceptis, etiamsi maturis, mortuus fuerit (1); ex quo constat, annuum legatum cum usufructu legato in singulos annos aequiparari non posse in eo, quod pertinet ad tempus, quo primum incipiat jus legatario acquiri.

Inst. l. 2 tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *D. l. In singulos* 8. *ff. de annuis legatis.*

§. 1371.

Si autem usufructus sub conditione legatus sit, non antea ejus die cedit, quam impleta fuerit adscripta conditio, quemadmodum in caeteris legatis servatur, licet in potestate legatarii sit conditionis implementum (1). Quare, usufructuario decedente, priusquam conditio extiterit, nullum jus in suos haeredes transfert, ut infra suo loco demonstrabimus.

(1) *L. Si post diem* 5. §. *Sed si sub conditione* 2. *ff. quando dies legator.* (36. 2.)

§. 1372.

Unum adhuc, quod pertinet ad usumfructum ultima voluntate constituendum, seu acquirendum, superest, de quo dubitari potest: videlicet quaenam regulae servari debeant, cum testator duobus usumfructum legavit, non eodem tempore percipiendum, sed alternis annis. Extra dubium est, in proposita specie legatarios in usufructu non concurrere, cum alia dignoscatur testatoris voluntas ex modo legandi (1).

(1) *Cum singulis fructus alternis annis legatur, si consentiant in eundem annum, impediuntur; quod non id actum videtur, ut concurrent. L. Si duobus* 2. §. *ult. ff. quibus modis usus.* (7. 4.)

§. 1373.

Si testator expresserit, cujus favore cedere debeant prioris anni fructus, nulla est controversia, parendum est ejus voluntati, qui rebus suis legem dicit. Sed non ita facile solvi potest quaestio, cum testator utrumque, ad ususfructus legatum alternis anni vocando, non ostendit, uter prior, aut posterior esse debeat. Ad voluntatis indicia confugiendum est, atque prioris anni fructus ex praesumpta testatoris voluntate adjudicandi sunt illi, qui prior nominatus fuit (1).

(1) *L. Quoties duobus* 34. *ff. hoc tit.*

§. 1374.

Quod si uterque legatarius eodem forte nomina appelletur; vel testator proprio nomine eos non designaverit, sed extrinseca quadam appellatione usus sit; puta, si dixerit, fratris mei filiis fundi Corneliani usumfructum alternis annis do, lego; cum nullae suppetant conjecturae, quibus voluntas testatoris dignosci possit, inter se convenire debent legatarii: alioquin, ut ait Julianus, invicem se impediunt (1): vel, si convenire nequeant, sorte dirimi controversia poterit.

(1) *D. l.* 34. *in princ. ff. hoc tit.*

ARTICULUS II.

De usufructu judicis, vel legis auctoritate constituto.

SUMMARIA.

A Judice interdum constituitur ususfructus in familia erciscunda, vel communi dividundo, ut ita unusquisque partem suam habeat. §. 1375.

Legis auctoritate acquiritur ususfructus patri in bonis adventitiis filii, sub patria potestate constituti. Quid si pater filium emancipet? §. 1376.

Pater habet usumfructum in bonis adventitiis filii, cujuscumque generis sint. §. 1377.

Exceptio huic regulae est, cum filius adit haereditatem, renuente patre. §. 1378.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Denegatur quoque ususfructus in haereditate sororis, aut fratris, quam filius cum patre acquisierit. §. 1379.

Competit tamen patri ususfructus haereditatis, ad quam testamento vocatus sit unacum filio. §. 1380.

Si filius decedat, atque pater cum alio filio legitimam hujus successionem nanciscatur, retinere videtur usumfructum prius sibi quaesitum. §. 1381., et 1382.

Testator cavere potest, ne bonorum, quae filio relinquit, ususfructus ad patrem pertineat. §. 1383.

Prohibitio haec, ne ususfructus patri quaeratur, tacite etiam induci potest. Sed urgentes conjecturae desiderantur. §. 1384.

Patri auferri nequit ususfructus legitimae. §. 1385.

Denegatur ususfructus patri in bonis, quae ad filium perveniunt ob divortium contra leges a patre factum. §. 1386.

Pater emancipans retinet dimidiae partis usumfructum, quamvis speciatim eum sibi non exceperit. Diversa est conditio peculii adventitii. §. 1387.

Ususfructus filio relictus integer acquiritur patri, nec ad proprietatem revertitur, nisi post utriusque mortem. §. 1388.

Bona adventitia filii, quorum ususfructus pertinet ad patrem, non comprehenduntur in publicatione bonorum. §. 1389.

Pater non potest renunciare usufructui sibi competenti in bonis adventitii filii, in dispendium creditorum. §. 1390.

Legis etiam auctoritate competit mulieri inopi, et indotatae ususfructus quartae partis bonorum mariti divitis, si tres, vel pauciores extent liberi; virilis autem, cum plures sunt filii. §. 1391., et 1392.

Proponuntur novem quaestiones ad hunc usumfructum pertinentes §. 1393.

Mulieris paupertas aestimatur ex ejusdem conditione. Inops censetur mulier vilis conditionis, quae suis operis necessaria ad victum sibi parare nequit. §. 1394.

Inopiam mulieris etiam dimetimur ex mariti conditione, itaut aliqualis ratio ejus haberi debeat. §. 1395.

Indotata in hac re judicatur mulier, quae dotem ita exiguam habet, ut vix distet ab indotatione. §. 1396.

Sufficere potest mariti confessio, qui exiguam dotem recepisse affirmet, ut quarta mulieri superstiti, tamquam inopi, tribuatur. §. 1397.

Debetur quarta mulieri, quae constitutam dotem, vel nullatenus, vel sine gravissima difficultate exigere non potest. §. 1398.

Sed denegatur uxori, quae jus habet, et probabilem spem dotis consequendae, licet manserit in matrimonio sine dote. §. 1399.

Congrua dos existimatur, ex qua matrimonium honeste, et secundum mulieris conditionem contrahi potest, licet ejusdem reditus ad alimenta non sufficiant. §. 1400.

Locuples maritus reputatur inspecta conditione. §. 1401.

Binubae mulieri, quae pauper sit, debetur quarta in bonis praedefuncti divitis mariti. §. 1402.

Inopia mulieris consideratur eo tempore, quo vir decedit. §. 1403.

Mulier habet quartae proprietatem, etiamsi maritus filios reliquerit, qui tamen progeniti sint ex alio matrimonio. §. 1404.

Potest mulier renunciare quartae beneficio: sed facile solvitur renunciatio facta constante matrimonio. §. 1405.

Neque haeredes mariti, neque ipse maritus, dotem offerendo, vel constituendo, mulierem summovere possunt a quartae beneficio. §. 1406.

Quarta, ejusque fructus debentur a die, quo vir mortuus est; nisi intra annum luctus alimenta a viri haeredibus mulier percipiat. §. 1407. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Legata mulieri a viro relicta imputantur in quartam. Donationes antenuptiales quartam excludunt. §. 1408.

Prioribus Justiniani constitutionibus idem beneficium tributum fuerat inopi marito in bonis mulieris, quod posteriori sanctione videri potest denegatum. §. 1409.

Sunt, qui putant, non amplius marito quartam competere, nec in casu divortii, neque in casu mortis. §. 1410.

Alii emendatam quidem sentiunt legem, quae divortium respicit; non eam, quae ad mulieris mortem pertinet. §. 1411.

Justinianus beneficium quartae, mariti favore prius constitutum, non abrogavit; sed loco proprietatis usumfructum tantummodo concedit. §. 1412., *et* 1413.

Genuinae interpretationis, et naturalis aequitatis regulae postulant, ut posterior obscura, et ambigua lex mariti favore explicetur. §. 1414.

Quarta uxori, vel marito inopi debita non comprehenditur in publicatione bonorum. §. 1415.

Demonstratur, usumfructum lege constitutum non intervenire, cum lex binubo conjugi aufert proprietatem eorum, quae habuit ex substantia prioris conjugis; vel jure legitimae successionis in bonis filiorum prioris matrimonii. §. 1416.

Praescriptione acquiritur ususfructus secundum generales juris regulas, adhibita distinctione inter eum, qui titulum habet, et alterum, qui titulo destitutus sit. §. 1417.

Explicatur responsum Papiniani, quo tradit, supervenientem usucapionem pro haerede, vel pro emptore non impedire, quominus salva sit pignoris persecutio, quia neque pignus, neque ususfructus usucapi potest. §. 1418.

§. 1375.

Tertia acquirendi ususfructus ratio ex judicis auctoritate pendet, qui in familia erciscunda, vel communi dividundo, alteri usumfructum tribuit bonorum, quorum proprietatem alteri adjudicavit (1): usumfructum, inquam, tribuit usque ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel alternis annis, prout aequum videbitur (2), ut quisque suam partem habeat, quam ex proprietatis divisione commode habere non posset. Sane constat, in hac specie usumfructum non communicari (3).

(1) *L. Ususfructus* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Et puto* 16. §. *Ususfructus* 2. *ff. familiae erciscundae* (10. 2.)

(3) *D. l.* 16. §. 1. *ff. familiae erciscundae.*

§. 1376.

4. Legis auctoritate acquiritur ususfructus in multis casibus: videlicet 1. Patri in bonis adventitiis filii: 2. Mulieri inopi, et indotatae in bonis mariti divitis: 3. Praescritione. In primis ergo patri tribuitur in bonis adventitiis filii, quamdiu hic sub patria potestate constitutus est (1). Quod si pater filium emancipet, bonis adventitiis jam filio quaestis, Justinianus constituit, ut pater in praemium emancipationis usumfructum integrae dimidiae partis bonorum retineat (2): veterum legum sanctione explosa, quibus tertia bonorum portio, pleno proprietatis jure, patri addicebatur (3).

(1) *L. Cum oportet* 6. *in princ. cod. de bonis, quae liberis* (6. 61.)

(2) *D. l.* 6. §. *Cum autem* 3.

(3) *L. Si viva matre* 3. *cod. de bon. matern.* (6. 60.)

§. 1377.

Quod modo diximus de patris jure in bonis adventitiis filii, nullam quoad bona haec exceptionem habet; leges enim indistincte loquuntur (1): sive a consanguineis haec bona proveniant, sive ab extraneis, sive laboribus suis eadem filius comparave-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33. rit: sive libera sint, sive primogenio, aut fideicommisso subjecta: sive etiam feudalia, in quibus tamen, ne detur servitus servitutis, sola commoditas patri quaeritur, non ipsum ususfructus jus (2), quamquam unum ab altero nomine tenus differt, non autem re ipsa.

(1) *D. l. Cum oportet* 6. *cod. de bon. quae liber.* (6. 61.), §. 1. *instit. per quas personas cuiq. acquirit.* (2. 9.)

(2) *Ita passim docent pragmatici, et colligunt ex d. l.* 6., *potissimum ex iis verbis:* ab aliis quibuscumque caussis: *non desunt tamen, qui aliud jus obtinere defendunt in feudalibus bonis, ad quae respicere non potuit Justinianus, cum feuda adhuc inducta non essent.*

§. 1378.

Ab hac tamen generali regula plures exemit casus Imperator, in quibus ad patrem non perveniat ususfructus bonorum adventiorum filii; sed penes filium sit, patre excluso: videlicet. 1. Cum filius, patre renuente, haereditatem sibi delatam adit (1); aequum enim non videtur, emolumentum patri accedere ex eo, quod sponte recusavit.

(1) *L. ult. cod. eod. tit. de bonis, quae liberis versic. Sive e contrario.*

§. 1379.

Idem jus servatur in haereditate sororis, aut fratris, quam filius unacum patre adierit (1); Justinianus enim abrogavit veteres leges, quibus pater ad successionem hujusmodi bonorum non admittebatur; eorum tamen usumfructum habebat (2): videlicet aequius tandem visum fuit Justiniano, filii successionem patri concedere unacum filio, seu defuncti fratre, ita tamen ut partis, quae ad alterum filium, seu fratrem pervenit, usufructu destituatur (3).

(1) *Novell.* 118. *cap. Si igitur* 2.

(2) *L. De emancipatis* 13. §. 1. *cod. de legitim. haeredib.* (6. 58.), *l. ult. cod. commun. de successionib.* (6. 59.)

(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 2.

§. 1380.

Non hinc tamen colligere licet, filio quoque competere usumfructum, patre excluso; haereditatis, ad quam uterque testamento vocatus sit; leges enim de successione legitima loquuntur (1); neque ad testamentariam trahi debent, maxime quia vetus jus emendant (§. 1376.); adeoque stricta potius earum fieri debet interpretatio (§. 32. D.)

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 2.

§. 1381.

Subtilis hac occasione quaestio moveri potest, utrum, retenta modo proposita specie, qua pater unacum filio haeres institutus fuerit, ususfructus partis, quae ad filium pervenit, adhuc patri competat, si filius moriatur, atque ad hujus legitimam haereditatem pater unacum alio filio admittatur. Patri obstare videtur generalis regula a Justiniano constituta, ex qua ab hujusmodi usufructu removetur (1).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur* 2.

§. 1382.

Non desunt tamen, qui favore patris respondendum existiment: atque nituntur, tum ratione, tum auctoritate. Ratione quidem; nam, inquiunt, pater defuncto filio, deterioris conditionis esse non debet, quam fuerit eo adhuc in vivis agente. Auctoritate; Justinianus enim prohibet quidem, ne pater usumfructum sibi *vindicet* ejus portionis, quae ad filium prevenit: non autem, ne quaesitum semel usumfructum retinere pergat.

(1) *Nullum usum ex filiorum, aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare. D. Novell.* 118. *cap.* 2. *post medium.*

§. 1383.

Tertia generalis regulae exceptio tunc obtinet, cum testator, qui bona filio relinquit, expresse, vel tacite prohibet ne pater in his bonis usumfructum sibi vindicet, neque interest, utrum ex numero ascendentium testator sit, an quicumque extraneus; cum enim bona haec aliis relinquere potuisset, permittendum ipsi fuit, ut iisdem hanc legem diceret, ne ususfructus patri quaereretur (1). Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *Novell.* 117. *cap.* 1., *unde desumpta Auth. Excipitur in l.* 6. *cod. de bonis, quae liberis* (6. 61.)

§. 1384.

Non tantum expresse, verum etiam tacite prohibitionem hanc induci posse, modo diximus; atque ita sentiunt passim interpretes; nec immerito; taciti enim, ac expressi eadem plerumque vis est (1). Sed urgentes desiderantur conjecturae, ut praesumpta haec prohibitio inducatur: quippequae eo tendit, ut patrem legum beneficio privet. Conjecturae autem desumi possunt, si testator patre, et filio aeque institutis insuper jusserit, ut omnia ex aequo inter utrumque dividantur: vel onus filio non secus ac patri imposuerit alimenta suppeditandi fratribus, vel aliis personis: aut similia quaedam onera ab utroque ferenda decreverit (2).

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Semper* 60. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *De Luca de servitutib. discurs.* 62. *num.* 4., *et discurs.* 64. *num.* 1., *et* 2.

§. 1385.

Diximus, testatori licere rebus, quas filio relinquit, hanc legem dicere, ne earum ususfructus patri quaeratur (§. 1383.); quia extraneis eadem bona dare potuisset, unde nulla parentibus utilitas fuisset obventura. Hinc sponte fluit, testatorem patri auferre non posse usumfructum legitimae; haec enim ad filium non pervenit ex defuncti liberalitate, sed ex legis praescripto: adeoque beneficio Justinianeae sanctionis non continetur (1).

(1) *D. Novell.* 117. *cap.* 1.

§. 1386.

Quartam addidit generali regulae exceptionem Justinianus in illis rebus, quae ad filium perveniunt ob divortium perperam, et contra leges a patre factum (1); ut ita criminis poenas luat pater.

(1) *Novell.* 134. *cap. Quia vero* 11., *unde desumpta Auth. Idem est in l.* 6. *cod. de bonis, quae liberis.*

§. 1387.

Duo hic supersunt animadvertenda. 1. Patri, filium emancipanti, dimidiae partis bonorum adventitiorum filii usumfructum acquiri, quamvis eum speciatim sibi non excipiat; cum enim hujusmodi emolumentum a lege ipsa patri tributum sit, per se retinetur, quin ejus mentio fieri debeat (1); atque in hoc, ut obiter dicamus, diversa est adventitii peculii conditio ab eo, quod profectitium appellatur; posterius enim in filium, quem pater e potestate dimittat, sponte transit, nisi pater emancipans nominatim sibi illud exceperit (2): videlicet ex praesumpta patris voluntate, qui peculium concessisse videtur, quod non ademit (3).

(1) *D. l. Cum oportet* 6. §. *Cum autem* 3. *in medio cod. de bonis, quae liberis* (6. 61.)

(2) *L. Si sticho* 53. *ff. de peculio* (15. 1.), *l. Donationes* 31. §. *Pater* 2. *ff. de donationib.* (39. 5.)

(3) *D. l.* 53., *et d. l.* 31. §. 2.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit. 33.

§. 1388.

Alterum est, patri usumfructum acquiri non tantum, cum plena rei proprietas filio relicta fuit; sed etiam, cum solus ususfructus filio competit; integer enim ex legum praescripto ad patrem ita pertinet, ut filio decedente ad proprietarium non revertatur, quamdiu pater vivit: et viceversa, patre defuncto, ususfructus in persona filii consistit (1).

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*

§. 1389.

Sed quid dicendum, si filiusfamilias, qui bona adventitia habeat, quorum ususfructus spectet ad patrem, ejus criminis reus factus sit, quod publicatione bonorum plectatur? Neque vendi, neque fisco applicari pro delicto filii, nisi pater consentiat, censuit Sabaudus Senatus, quamvis fiscus vellet salvum esse patri usumfructum; quia pater alio jure eorum bonorum usumfructum habere, aut retinere non potest, praeterquam intuitu proprietatis filio competentis (1); utpotequia hic agitur de usufructu, ut vocant, caussali, idest cum sua caussa, seu proprietate conjuncto, qui subsistere nequit, nisi proprietas apud filium maneat. Atque ita propter jus patri competens in usufructu fit, ut proprietas ipsa salva maneat filio; quam alioquin amitteret: et ex patris persona consequitur, quod ex propria habere non posset, quod alias in jure contingit (2).

(1) *Fab. cod. ne filius pro patre lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 5.

(2) *L. Cum haereditate* 55. *ff. de acquir., vel omitt. haered.* (29. 2.), *l. Si is, qui duos* 29. *ff. de liberat. legat.* (34. 3.)

§. 1390.

Cum ergo patri pleno jure quaeratur ususfructus in bonis adventitiis filii, vi solius legis (§. 1387.), vix quaeri potest, utrum pater in dispendium creditorum huic emolumento legitime renunciet, ut ad filium pertineat; vere enim alienare diceretur (1), quod debitori non permittitur, cum inde fieret, ut aes alienum dissolvi non posset (2).

(1) *L.* 1. *cod. de fundo dotali* (5. 23.)

(2) *L.* 1., *et passim ff. quae in fraudem creditor.* (42. 8.)

§. 1391.

Alterum ususfructus legis auctoritate constituti, exemplum obtinet favore mulieris inopis, et indotatae, quam maritus domo inique expulerit, aut abire iniquis artibus coegerit (1): vel quae viro superstes sit (2): videlicet priores quidem leges quartam proprietatis mulieri tribuebant (3); sed tandem Justiniano placuit, quartae tantummodo usumfructum concedere, si tres, vel pauciores extent liberi, sive ex eodem sive alio matrimonio nati (4), virilis autem, si plures filios maritus habeat (5). Quod si mulier ex eo matrimonio prolem non susceperit, quartae, vel virilis portionis dominium adhuc consequetur, prout statuebant priores Justiniani leges, quas in hac parte intactas reliquit Imperator (6). Quod si mulier domo inique expulsa sit, vel abire coacta, hujusmodi emolumentum statim consequitur, adeoque vivente marito (7).

(1) *Si quid autem tale fiat, et aut sine caussa eam abjiciat domo, aut etiam ipse rationabilem caussam praestet, ut mulier separetur ab ejus matrimonio, quartam partem propriae substantiae cogatur exsolvere ei. Novell.* 22. *cap. Sed a nobis* 18. *in medio.*

(2) *Novell.* 53. *cap. ult. in princip.*

(3) *D. Novell.* 22. *cap.* 18., *d. Novell.* 53. *cap. ult.*

(4) *In praesenti melius utramque legem disponentes, sancimus... uxorem... ex utroque horum casuum, si quidem usque ad tres habuerit filios ejus vir, sive ex eo, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Novell.* 117, *cap. Quia vero* 5, *in medio.*

(5) *Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere jubemus mulierem, quantum uni competit filiorum: ita quippe et usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. D. Novell.* 117. *cap.* 5. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit 33.

(6) *Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit: jubemus etiam dominii jure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem jussimus legem. D. Novell.* 117. *cap.* 5. *prop. fin.*

(7) *D. Novell.* 117. *cap.* 5. *prop. fin.*

§. 1392.

Mulieri ergo inopi, et indotatae quartae ususfructus debetur in bonis mariti divitis, nisi plures quam tres filios maritus habeat (1): et in hoc omnes consentiunt. Sed plura sunt, de quibus controvertitur, quae sigillatim praestat expendere.

(1) *D. Novell.* 117. *cap.* 5., *Thes. dec.* 44. *num.* 3., *et lib.* 3. *quaest.* 63. *num.* 1., *et eod. lib.* 3. *quaest.* 97. *num.* 3.

§. 1393.

Quaeritur ergo 1. Quae mulier inops dici debeat, vel indotata: 2. Quis dives existimari debeat maritus, ut mulier ex bonis ejus quartam jure petat: 3. An quarta haec debeatur mulieri, quae ad secundas nuptias transit: 4. Utrum ususfructus tantummodo quartae debeatur, cum mulier ex eo matrimonio liberos non suscepit, ex aliis tamen nuptiis maritus liberos reliquit: 5. An mulier possit hujus legis beneficio renunciare: 6. An haeredes mariti valeant mulierem a quarta removere, congruam dotem ei offerendo: 7. A quo die quarta haec, ejusque fructus debeantur: 8. Utrum in quartam hanc imputentur legata, vel donationes a marito in mulierem collatae: 9. An beneficium, mulieri tributum in bonis mariti divitis, viro quoque inopi competat in bonis mulieris, quae locuples sit.

§. 1394.

Quod pertinet ad priorem quaestionem, vulgo receptum est, mulieris paupertatem non tantum ex ipsius conditione, sed etiam ex conditione mariti dimetiendam esse. Quare mulieri secundum conditionem suam diviti quarta denegatur (1). Sed inops habetur mulier, quae, licet vilis conditionis sit, sui tamen operibus lucrum necessarium ad victum sibi quaerere non potest, atque viro melioris conditionis nupsit (2).

(1) *Ut colligitur ex iis Justiniani verbis in d. Novell.* 53. *cap. ult. in princip.* Nihil habere valentes, sed in novissima viventes inopia.

(2) *Quae enim mulier suis operibus necessaria ad victum sibi potest comparare, novissima, seu extrema inopia non laborat, quam tamen exigunt modo allata Justiniani verba: nisi forte mulier ejus conditionis sit, quae sine gravi familiae dedecore hisce operibus perpetuo vacare non possit.*

§. 1395.

Ex mariti quoque conditione inopem, vel divitem mulierem reputari, modo diximus (§. praeced.); cum enim conditionis, et dignitatis mariti particeps fiat mulier (§. 504. 1.) utpotequia non tantum humana, sed et divina jura, ut ait Modestinus, inter virum, et uxorem communicentur (1); aequum etiam est, ut ex viri substantia consequatur, quae sibi necessaria sunt ad victum, ratione habita conditionis, quam per matrimonium sortita est, ne defuncto conjugi dedecus inferre videatur. Sed hoc caute accipiendum est, non ut ex sola mariti conditione res definiatur; sed ut ejus aliqualis ratio habeatur: quod prudentis judicis arbitrio relinquitur, singulis rerum, et personarum adjunctis mature pensatis.

(1) *L.* 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 1396.

Indotata vero mulier appellatur non ea tantum, quae nullam omnino dotem habet, sed ea etiam, cui ita exigua dos constituta fuit, ut vix distet ab indotatione (1); licet

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

enim legum verba eam tantum mulierem complecti videantur, quae nullam omnino dotem habeat (2), eorum tamen sententia, quae eo tendit, ne mulier gravi inopia prematur (3), ad eas quoque protrahi debet, quae exigua dote potiuntur.

(1) *Ut enim tritum fert adagium, parum pro nihilo reputatur. Nec exigua dos impedit, quominus inops mulier sit.*

(2) *D. Novell.* 53. *cap.* 6. *princip., et* §. 2., *d. Novell.* 117. *cap. Quia vero* 5.

(3) *D. Novell.* 53. *cap. ult. in princip.*

§. 1397.

Sed quid juris, si dubitetur, utrum congrua, an exigua dos mulieri constituta fuerit? Fidendum erit mariti confessioni? Affirmant passim interpretes; licet enim sola mariti confessio mulieri non prosit, cum agitur de alterius damno (1): in hoc tamen argumento, ubi solius mariti res agitur nihil obstat, quominus ejusdem assertioni plena fides adhibeatur (2), nisi filii, vel haeredes aliud demonstrent.

(1) *Fab. cod. de dot. caut. non numerata lib.* 5. *tit.* 10. *def.* 1. *in princ.*

(2) *Fab. d. def.* 1. *num* 1. *in corp.*

§. 1398.

Hinc sequitur, potiori ratione quartam mulieri inopi in bonis viri tribuendam esse, cui egregia quidem dos promissa, et constituta fuit, quam tamen exigere nequeat, vel quia debitor solvendo non sit, vel propter aliud quodcumque impedimentum: puta, quia nomina in dotem constituta sint intricata, et litigiosa; ut enim fert vulgatum juris axioma: inanis est actio, quam debitoris inopia excludit (1).

(1) *L. Nam is nullam* 6. *ff. de dolo malo* (4. 3.)

§. 1399.

Sed denegatur quarta mulieri, quae, etiamsi manserit in matrimonio sine dote, jus tamen habet ejus consequendae; ut enim mulier beneficio Justinianeae constitutionis juvetur, omnino necessarium est, ut aliunde, quam ex mariti bonis, non habeat, quo sibi paret ea, quae ad victum sunt necessaria (1)

(1) *Ut colligitur ex iis verbis Novell.* 53 *cap. ult.* §. *ult.* Nam si aliunde forsan habeat, non offerentem dotem, aut non dantem propter nuptias donationem, non erit justum gravare filios per successionem.

§. 1400.

Praeterea, licet dotis quantitas mulieri constitutae inspici debeat, ut sciatur, an mulier dotata, an fere indotata dicenda sit, congrua tamen dos existimatur, ex qua matrimonium honeste, et juxta mulieris conditionem contrahi potest (1). Neque etiam opus est, ut dotis fructus ad alimenta sufficiant; vix enim ex pluribus dotibus aliquae sunt, ex quibus percipiantur reditus alimentis suppeditandis idonei (2). Alia ergo ratione sibi prospiciat mulier.

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 7. §. 6.

(2) *Reg. Constit. d. loc., argum. l. Si curatores* 9. *cod. de administrat. tutor.* (5. 37.)

§. 1401.

In altera quaestione, qui dives maritus debeat appellari, ut quarta in ejus bonis inopi uxori, et indotatae debeatur (1), respondemus locupletem virum censeri non absolute, sed inspecta ejus conditione (2): quemadmodum de muliere diximus (§. 1394.); neque enim, ut omnes norunt, eadem patrimonii quantitas desideratur in plebejo, ac in viro nobili; quia nec iidem sumptus ad vitae sustentationem, et potissimum ad decentiam status sunt necessarii.

(1) *Hanc enim conditionem etiam requirunt leges, ut patet ex his Justiniani verbis in d. Novell.* 53 *cap. ult.* §. *ult.* Et moriens quidem aut vir, aut mulier locuples sit; ille vero, vel illa superstes pauper existat.

(2) *Argum. l. Cum plures* 12. §. *Cum tutor.* 3. *ff. de administr., et peric. tutor.* (26. 7.)

§. 1402.

Tertia succedit quaestio, qua disputatur, utrum quarta haec competat mulieri, quae ad ulteriores nuptias convolaverit. Contra mulierem facere videtur, quod mulier haec ex bonis secundi mariti necessaria consequatur alimenta, adeoque cesset inopiae caussa, quae legem favore mulieris induxit (1). Placuit tamen Senatui sententia eorum, qui etiam in hac specie mulieri favent (2); tum quia ratio alimentorum sola non sit caussa, cur quarta mulieri debeatur; sed alia insuper, quod indecorum videatur, ut mulier, quae jurium omnium mariti particeps sit, nihil ex ejus bonis consequatur; tum quia ita innuere videtur Justinianus, cum ait, proprietatem hujus quartae liberis ejusdem matrimonii servandam esse (3). Supponit ergo Imperator, mulierem hanc alias nuptias inire posse, ex quibus liberos forte suscipiat.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *D. Novell.* 53. *cap. ult.* §. *ult.*

(2) *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *qu.* 63. *num.* 3. ✠

(3) *D. Novell.* 117. *cap. Quia vero* 5. *in medio.*

§. 1403.

Neque objici potest, quod supra diximus (§. 1392.), quartam hanc inopi tantum mulieri debitam esse; inopem vero non reputari eam, quae aliunde habet, unde sibi prospiciat (1); inopia enim mulieris consideratur ipso tempore, quo maritus decedit (2); a quo tempore jus habet quartae consequendae, ut infra demonstrabimus.

(1) *D. Novell.* 53. *cap. ult.* §. *ult. versic. Nam si aliunde.*

(2) *Et moriens quidem aut vir, aut mulier locuples sit, ille vero, vel illa superstes pauper existat. D. Novell.* 53. *cap. ult.* §. *ult.*

§. 1404.

Facilior est solutu altera quaestio, utrum quarta ususfructus tantummodo debeatur mulieri superstiti, quae ex eo matrimonio liberos non suscepit, cum tamen ex aliis nuptiis maritus filios reliquerit, an vero quartae proprietatem mulier in hac specie nanciscatur: apertissima enim sunt Justiniani verba: *Ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat; dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit; jubemus etiam dominii jure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem jussimus legem* (1). Filiorum ergo ex aliis nuptiis susceptorum mentio (2), eo tantum pertinet, ut definiatur, an quarta, an virilis portio mulieri debeatur.

(1) *D. Novell.* 117. *cap. Quia vero* 5.

(2) *De quibus Justin. in d. Novell.* 117. *cap.* 5. *versic. Uxorem autem.*

§. 1405.

5. Controvertitur, utrum mulier huic legis beneficio possit renunciare. Cum beneficium hujusmodi totum sit favore mulieris, consentiunt omnes, in ejus potestate generatim esse, utrum velit hoc beneficio gaudere, an illud sponte abdicare (1). Sed, quia renunciatio non valet, nisi ex pleno consensu fuerit facta, distingui solet, cum de vi renunciationis quaeritur, utrum renunciatio secuta sit, antequam matrimonium celebraretur, an vero nuptiis jam contractis: itaut viribus plerumque subsistat renunciatio, quae matrimonium praecesserit (2); quia dici potest pars contractus, sine qua matrimonium non fuisset celebratum; facile autem solvatur ea, quae constante matrimonio facta est: utpotequae plerumque ex metu facta praesumitur, et laesionem facile continet (3).

(1) *L. Siquis in conscribendo* 29. *cod. de pactis* (2. 3.)

(2) *D. l.* 29. *cod. de pactis.*

(3) *L. Nec esset* 2. *ff. de donationib. int. vir., et uxor.* (24. 1.)

§. 1406.

Contra mariti haeredes respondendum est, cum quaeritur, utrum possint mulierem a quartae beneficio summovere, dotem offerendo; atque eadem facultas marito ipsi de-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

negari debet; privatis enim non licet jus publicis legibus constitutum immutare (1): neque testator efficere potest, quominus leges in testamento suo locum habeant (2).

(1) *L. Jus publicum* 38. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. Neratius quaerit* 20. *ff. de religios., et sumpt. funer.* (11. 7.), *l. Quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad l. falcid.* (35. 2.)

(2) *L. Nemo potest* 55. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1407.

A quo die quarta, ejusque fructus inopi, et indotatae mulieri debeantur, unanimis est omnium sententia, non tantum a die petitionis, sed a die mortis, nisi intra annum luctus alimenta ab haeredibus percipiat, prout suppeditare tenentur (1), jus hoc mulieri competere (2); cum enim quartam hanc mulieri leges concesserint, tum ne gravi prematur inopia (§. 1394.), tum ne defuncti viri memoriae dedecus inurere videatur (§. 1395.), consequens est, nullo interjecto a viri morte temporis spatio, mulieris necessitatibus prospici debere.

(1) *Thes. dec.* 43. *num.* 1. ✠

(2) *Thes. dec.* 44. *num. ult.*

§. 1408.

Differunt in hac re legata mulieri relicta a donationibus eidem factis, quae nuptias praecesserint; legata etenim in quartam imputantur, sed non impediunt, quominus legum beneficio fruatur mulier (1); quia legata nonnisi post mortem testatoris vim habere incipiunt (2), adeoque non obstant, quominus mulier superstes pauper dicatur, cum decedit locuples maritus (3). Ex donatione autem antenuptiali certum jus mulieri quaeritur, ex quo inops videri nequit, ut legum beneficio potiatur (4).

(1) *Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus quarta parte, compleri hoc. D. Novell.* 53. *cap. ult. in fine princip.*

(2) §. 1. *institut. de legat.* (2. 20.)

(3) *D. Novell.* 53. *cap. ult.* §. *ult. in princ.*

(4) *D. Novell.* 53. *cap. ult.* §. *ult. vers. Nam si aliunde.*

§. 1409.

Superest discutienda postrema quaestio, utrum eodem quartae beneficio utatur maritus, si pauper sit, locuples vero mulier decesserit. Certum est, prioribus Justiniani constitutionibus, quibus quartae superstiti, et inopi conjugi proprietas tribuebatur, idem beneficium marito tributum fuisse (1). Sed in postrema constitutione, ubi non amplius quartam proprietatis partem, si ex eodem matrimonio supersint liberi, sed ejus tantummodo usumfructum inopi, et indotatae mulieri concedit, nullam pauperis mariti in eo, quod ad usumfructum hunc pertinet, mentionem facere videtur; sed generalia subjicit verba, quibus non tantum a proprietate, sed et ab usufructu quartae exclusus videri possit inops maritus: *virum enim*, ait Imperator, *in talibus casibus quartam, secundum priorem nostram, legem, ex substantia mulieris accipere modis omnibus prohibemus* (2).

(1) *D. Novell.* 22. *cap. Sed a nobis* 18. *versic. Ratio quoque, d. Novell.* 53. *cap. ult. in fine princip., ubi haec habentur:* etiam hic servandis similiter quidem in viris, similiter autem in mulieribus; communem namque etiam hanc super eis ponimus legem, sicut et praecedentem.

(2) *D. Novell.* 117. *cap. Quia vero* 5. *in fine.*

§. 1410.

Aestuant interpretes in explicandis hisce Justiniani verbis, utpotequae minus consentanea videntur aequitati, si obvius eorum sensus inspiciatur. Sunt, qui putant, Justinianum prioribus duabus legibus, quibus, in casu iniqui divortii, vel mortis, inopi quoque marito prospiciebatur (1), posteriori constitutione derogare voluisse; prohibet enim Imperator, ne *in talibus casibus* maritus quartam habeat in bonis mulieris: hi autem casus alii fingi nequeunt, praeterquam divortii, et mortis, quos priores leges commemorabant.

(1) *D. Novell. 22. cap. 18., et d. Novell.* 53. *cap. ult.*

§. 1411.

Censent alii, Justinianum tantummodo derogasse priori sanctioni, cujus vi quarta tribuebatur marito, eum mulier ab eo inique divertebat, vel iniquis artibus ad divortium impellebat (1): atque hos esse contendunt casus, de quibus postremo meminit Imperator (2): probant autem ex eo, quod unam dumtaxat legem commemorat (3): hae autem lege, inquiunt, prior intelligi debet, quae de divortio agit; etenim verba, quibus marito inopi quarta denegatur, prioribus conjuncta sunt, quemadmodum caussalis particula demonstrat: priora autem verba postremae constitutionis ad divortium uniee pertinent (4). In hac ergo sententia maritus quartam adhuc haberet ex locupletis mulieris substantia in casu divortii, eam tamen non consequeretur per mulieris mortem.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *D. Novell.* 22. *cap.* 18.

(2) *In d. Novell.* 117. *cap.* 5. *in fine.*

(3) *Virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem etc. d. Novell.* 117. *cap.* 5. *in fine.*

(4) *Quae tamen irrationabiliter exclusa est, in ipso tempore expulsionis partem jubemus accipere, quae continetur hac lege: virum enim in talibus casibus etc. D. Novell.* 117. *cap.* 5. *in fine.*

§. 1412.

Tandem sentiunt alii, et rectius, Justinianum hisce verbis nihil aliud significare voluisse, quam inopi marito non amplius competere quartae proprietatem, sed dumtaxat ejus usumfructum: probant autem. 1. Quia aequalis esse debet in hac re, quemadmodum in caeteris, mariti, ac mulieris conditio (1); cum jura omnia divina, et humana inter conjuges communicentur (2); atque Justinianus aequalitatem hanc, quam prius statuerat, adhuc servandam esse satis demonstrat, dum particula utitur, quae posteriorem sermonem priori conjungit (3).

(1) *L. Si cum dotem* 22. §. *Si maritus* 7. *ff. soluto matrim.* (24. 3.)

(2) *L.* 1. *ff. de ritu nuptiarum* (23. 2.), *l. Adversus uxorem* 4. *cod. de crimi. expilat. haeredit.* (9. 32.)

(3) *Cum ait Imperator* virum enim etc., *significare videtur, idem jus praestitui pro viro, quod mulieris favore prius decreverat: alioquin enim particula* autem *uti debuisset, vel alia simili.*

§. 1413.

Praeterea animadvertuntur, Justinianum non simpliciter prohibere, ne maritus quartam in bonis mulieris habeat, sed sub modo, videlicet *secundum priorem legem*, qua proprietas ipsa tribuebatur. Non ergo quartae usumfructum marito denegat, sed ejusdem dominium, si liberi supersint.

§. 1414.

Ex his patet nullatenus nocere, quod aliqui objiciunt, aequalitatem inter conjuges servandam utique postulasse, ut favore mariti eadem prodiret sanctio, quae in mulieris utilitatem lata fuerat; sed aliud placuisse legislatori, quod omnino servandum est, quamvis durum, et naturali aequitati minus consentaneum videatur (1). Non enim legislatoris voluntati repugnamus, sed ex genuinae interpretationis, atque naturalis aequitatis regulis explicamus obscura, et ambigua ejus verba; quod ab interpretis munere alienum non est (§. 19, et seqq. D.). Atque sententia haec eo magis recipi debet, quod marito faveant priores leges, quae posteriori abrogatae existimari non debent, nisi apertissima sint posterioris verba (§. 42. D.); quod sane contingit in hoc argumento, de quo disputatur.

(1) *L. Prospexit* 12. §. 1. *ff. qui, et a quib. manumis.* (40. 9.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1415.

Caeterum quarta haec uxori, vel marito inopi debita non comprehenditur in publicatione bonorum (1), quemadmodum supra diximus de usufructu patri competente in bonis adventitiis filii (§. 1389.); haec enim veluti aes alienum considerari debet, utpotequod ad superstitem conjugem non pervenit ex defuncti voluntate, sed ex legis dispositione.

(1) *Auth. Bona damnatorum post. l. ult. cod. de bonis proscriptor.* (9. 49.); *Sola de edictis annonae Glos.* 13. *num.* 10 *pag. mihi* 654.

§. 1416.

Sunt qui tertium ususfructus lege constituti exemplum inesse dicunt, cum alter conjux praemoritur, superstes vero, qui aliquid ex prioris conjugis substantia, vel ex decedentium filiorum bonis consecutus est, ad ulteriores nuptias convolat: videlicet binubus conjux eorum omnium, quae ex substantia prioris conjugis habuit, proprietatem amittit, quam filiis prioris tori servare debet, solo retento usufructu (§. 1061. 1.); atque idem jus servatur, quoad bona, intestatae successionis jure habita, a filiis prioris matrimonii (§. 1062. 1.). Verum si proprie loqui velimus, ususfructus lege constitutus in his casibus non intervenit; leges enim usumfructum superstiti conjugi non tribuunt, sed proprietatem adimunt, si extent liberi, relicto usufructu, qui una cum proprietate jam competebat (1).

(1) *De hac re fuse diximus Tom. I. pag.* 313., *et seqq.*

§. 1417.

Praescriptione demum, seu usucapione acquiritur ususfructus ex legis auctoritate: atque hic etiam adhibenda est superius allata distinctio, utrum titulus praesto sit, necne (§. 911.). Si ille, qui praescriptionis vi usumfructum alieni praedii sibi adserere intendit, titulum habeat, consueto praescriptionis ordinariae tempore, idest decem annorum inter praesentes, et viginti inter absentes, eum usucapiet (1). Quod si absque titulo sciente, et patiente domino quis utatur, fruatur alieno praedio, nonnisi triginta annorum spatio ususfructus praescriptio complebitur, juxta generales juris regulas (2).

(1) *L. ult. cod. de praescript. long. temp.* (7. 33.)

(2) *L. Sicut in rem* 3. *cod de praescript.* 30., *vel* 40. *annor.* (7. 39.) *V. supra* §. 656., *et seqq.*

§. 1418.

Neque aliud sentit Papinianus, cum ait supervenientem pro emptore, vel pro haerede usucapionem non impedire, quominus salva sit creditori persecutio pignoris; quia neque persecutio haec, neque ususfructus usucapi potest (1); non enim agit jureconsultus de eo, qui usumfructum praescriptione acquirere velit, sed de altero, qui fundum pro emptore, vel pro haerede possidet, sed putans se emptorem, aut haeredem esse. Hic autem fundum ipsum profecto usucapit, sed cum oneribus eidem annexis ususfructus, vel pignoris. Sane potior hujus conditio esse non debet, quam alterius, qui revera emptionis, vel haereditatis titulo fundum comparasset. Nemo autem dubitat, quin ususfructus, et pignoris onera, utpote realia in emptorem, et haeredem transeant (2).

(1) *Non mutat usucapio superveniens pro emptore, vel pro haerede, quominus pignoris persecutio salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur. L. Justo errore* 44. §. *Non mutat* 5. *ff. de usurpationib., et usucap.* (41. 3.)

(2) *L. Neque ususfructus* 19. *ff. quib. mod ususfruct. vel usus amit.* (7. 4.), *l.* 1. §. *Cum praedium* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 33.

ARTICULUS III.

De usufructu jure accrescendi comparando, seu de usufructu accrescendo.

Instit. lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest. lib. 7. tit. 2. *De usufructu accrescendo.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufructu, et habitat.*

SUMMARIA.

Jure accrescendi interdum acquiritur ususfructus. §. 1419.
Jus accrescendi nititur praesumpta testatoris voluntate, et maximum quoque praesidium habet in legibus civilibus. §. 1420.
In servitutibus realibus, quae individuae sunt, jus accrescendi locum non habet. §. 1421.
In proprietate una pars accrescit alteri parti, in usufructu autem pars accrescit personae, non parti. §. 1422.
In usufructu inter vivos constituto non viget acquisitio per jus accrescendi, sed tantum in eo, qui ultima voluntate relictus est. §. 1423., *et* 1424.
Nonnisi legatariis re, et verbis, vel saltem re conjunctis favet jus accrescendi. Quid si testator duobus ejusdem fundi usumfructum alternis annis reliquerit? §. 1425.
Si testator ejusdem fundi usumfructum uni prius leget, deinde alteri, portio deficiens ad alterum pervenit jure accrescendi. §. 1426.
Cum uni legatus est fundus, alteri ejus ususfructus, si ab usufructuario amittatur, legatario proprietatis acquiritur jure accrescendi, non jure proprietatis. §. 1427.
Eadem servatur regula, cum fundi proprietatem consequitur ille, cui pars ususfructus legata fuit. 1428.
Cessat jus accrescendi, cum praedii fructus, non ipsa servitus ususfructus, pluribus alimentorum caussa relicti sunt. §. 1429.
Transitio ad res, in quibus ususfructus constitui potest. §. 1430.

§. 1419.

Postquam expendimus modos, quibus acquiritur ususfructus, vel privatorum voluntate, vel judicis, aut etiam legis potestate, dicendum superest de jure accrescendi, ex quo interdum fit, ut ususfructus comparetur.

§. 1420.

Equidem jus accrescendi nititur praesumpta testatoris voluntate, qui plures legatarios inter se re, et verbis, vel saltem re conjungens, in ea videtur esse sententia, ut pars, quae ad unum ex legatariis non pervenit, vel pertinere desinit, alteri acquiratur (1). Sed hujusmodi voluntatis praesumptio maximum in civilibus legibus praesidium habet: propterea satius visum fuit seorsim de illo agere.

(1) *L.* 1., *l. Interdum* 10. *ff. hoc tit.*, *l. Si Titio* 33. §. 1. *ff. de usufructu*, (7. 1.)

§. 1421.

Si quaeratur, cur jus accrescendi locum habeat in usufructu, non autem in servitutibus realibus, respondemus, servitutes praediorum per se individuas esse, itaut neque pro parte amitti, neque pro parte retineri possint (§. 939.); adeoque una pars alteri accrescere non potest, cum nullae sint partes, vel saltem nullae in jure reputentur; contra servitutes personales divisionem patiuntur, et partes invicem separabiles habent (1).

(1) *D. l. Interdum* 10. *ff. hoc. tit.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1422.

Sed hoc interest inter proprietatem, et usumfructum, cum de jure accrescendi quaestio est, quod in proprietate una pars alteri parti adcrescit, in usufructu autem, utpotequi personae servitus est, una pars personae adcrescit, non alteri parti (1): quo fit ut pars ususfructus accrescere possit illi, qui aliam partem non habeat (2).

(1) *Portio fundi, velut alluvio, portioni, personae fructus adcresceret. D. l. Si Titio* 33. §. 1. *ff. de usufruct.*

(2) *Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrescit. D. l. Interdum* 10. *ff. hoc tit.*

§. 1423.

Jus accrescendi locum quidem obtinet in usufructu ultima voluntate relicto, non autem in eo, qui actu inter vivos constitutus est; de illo enim tantummodo mentionem faciunt civiles leges, atque ad illum dumtaxat extenditur praesumpta testatoris voluntas, qui legatarios in usufructu conjungens demonstrat, se legatariis potius favere velle, quam haeredi. Quare divisio fit legatariorum caussa, ut quisque partem suam habeat, non autem haeredis favore. Si ergo alter ex legatariis ususfructus partem acquirere nolit, vel non possit, portio haec ad alterum pertinet (1).

(1) *L.* 1., *l. Si tibi* 4., *l. Interdum* 10. *ff. hoc tit.*

§. 1424.

Sed hujusmodi voluntatis praesumptio non intervenit in contractibus; qui enim ejusdem praedii usumfructum duobus promittit, ea mente fingi nequit, ut pars, quae ad alterum ex stipulatoribus non perveniet, alteri quaeratur; neque enim, quemadmodum legata singulari erga personam affectione relinqui solent, ita contingit in contractibus cum imo in his unusquisque sibi potius, quam alteri prodesse velle existimetur.

§. 1425.

Diximus, jus accrescendi locum obtinere inter legatarios re, et verbis, vel saltem re conjunctos (§. 1420.); sola etenim verborum conjunctio non sufficit, ut hujusmodi jus inducatur, neque in legato ususfructus (1), neque in legato proprietatis (2). Si ergo testator ejusdem fundi usumfructum duobus separatim ita reliquerit, ut alternis annis percipi debeat, altero ex legatariis decedente, portio deficiens alteri usufructuario non accrescit, sed revertitur ad proprietarium: utpotequia legatarii ususfructus, alternis annis percipiendi, re ipsa disjuncti sunt (3).

(1) 1. *L. ff. hoc tit.*

(2) §. *Si eadem res* 8. *instit. de legat.* (2. 20.)

(3) *Quod si ex duobus illis alter decedat, per vices temporum plena proprietas erit: neque enim adcrescere alteri quidquam potest; quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus integri habuit. L. Si duobus* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1426.

Non idem jus servatur, cum testator integrum fundi usumfructum prius uni legavit, deinde alteri eundem usumfructum reliquit; in hoc enim casu portio, quam unus habere nolit, vel non possit, ad alterum pervenit jure accrescendi; quia in eadem re conjuncti sunt: divisio autem ex sola necessitate fit, cum integer ab utroque legatario percipi nequeat (1).

(1) *L.* 1. §. *Interdum* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1427.

Amplius etiam jus accrescendi vires suas exerit inter duos legatarios, quorum uni testator fundum reliquerit, alteri ususfructus ejusdem fundi legatus sit: nam, si usumfructum amittat ille, cui speciatim relictus fuit, ad alterum quidem perveniet, cui proprietas legata erat, sed jure accrescendi, non autem proprietatis (1); hi enim non quidem verbis, sed re ipsa conjuncti sunt: adeoque pars deficiens ad alterum pertinere

debet potius jure accrescendi, quam proprietatis; utpotequia proprietas usumfructum ad se non trahit, praeterquam in iis casibus, in quibus usufructus omnino extinctus est; extinctus autem dici nequit, quoties ex testatoris voluntate per jus accrescendi adhuc comparari ab altero potest.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33

(1) *Si alteri usufructus, alteri fundus legatus est . . . , amittente usumfructum altero, cui erat legatus, magis jure accrescendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem L. Idem Neratius* 3. §. *ult ff. hoc tit*

§. 1428.

Eadem servari debet regula, cum ille, cui pars usufructus legata est, deinde fundi proprietatem acquisivit: si alter partem suam usufructus amittat, jure accrescendi, non proprietatis, acquiretur ei, qui proprietatem consecutus est: utpotequia hic in hac etiam specie locum habere potest jus accrescendi; atque ideo non fit locus consolidationi (1).

(1) *Si duobus usufructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, jus accrescendi non perit, neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo. D. L.* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1429.

Cum jus accrescendi nitatur praesumpta voluntate testatoris, qui legatarios in eadem re conjunxit (§. 1420.), consequens est, hoc jus cessare, si testator non servitutem usufructus, sed praedii fructus pluribus reliquerit, ut inde necessaria habeant alimenta (1); cum enim in hac specie relictum videatur legatum alimentorum, quorum quantitas augeri non debet ex eo, quod alter ex legatariis decesserit, pars decedentis alteri non adcrescit, sed ad proprietatem revertitur.

(1) *Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto; partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit. L. Dominus fructuario* 57. §. 1. *ff. de usufructu.* (7. 1.)

§. 1430.

Haec sunt, quae pertinent ad modos, quibus usufructus acquiri possit. Sequitur, ut de rebus inquiramus, in quibus consistere potest usufructus.

SECTIO III.

Quibus in rebus constitui possit usufructus.

Instit. lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest lib. 7. tit. 1. *De usufruct., et quemadmod. quis utat. fruat.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufructu, et habit.*

SUMMARIUM.

Cum de rebus agitur, in quibus constitui potest usufructus, dubitari potest de rerum qualitate, vel de earum quantitate. §. 1431.

§. 1431.

Duo sunt, de quibus dubitari potest, cum de rebus agitur, quae usumfructum recipiant; videlicet, vel de rerum qualitate, vel de earum quantitate. In primis dubitatur de qualitate; quarundam enim rerum ea indoles est, ut non ita facile definiatur, an usufructus capaces sint, necne; tum an proprii, an improprii. De quantitate etiam controverti potest, utrum dumtaxat singularum rerum, an omnium usufructus testamento relinqui, vel actu inter vivos concedi possit. Scorsim utrumque quaestionis caput expendimus.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

ARTICULUS I.

In quo rerum genere ususfructus consistat.

SUMMARIA.

Proprius ususfructus consistit in rebus omnibus mobilibus, et immobilibus, dummodo sint in commercio, neque usu destruantur. §. 1432.

Sufficit, ut ex re, in qua constituitur ususfructus, voluptas percipi possit, quamvis nullum afferat emolumentum. §. 1433.

Romani jureconsulti negabant, usumfructum consistere posse in rebus incorporalibus, puta servitutibus. §. 1434.

Jure, hodiernis moribus recepto, potest constitui ususfructus in rebus incorporalibus. §. 1435.

Nomina verum recipiunt usumfructum, non tantum si legentur ipsi debitori, verum etiam alteri. §. 1436.

Dissentiunt interpretes, utrum in vestimentis verus, et proprius ususfructus consistat, an tantum improprius. §. 1437.

Justinianus improprium admittit: Ulpianus vero proprium, cum ait usufructuarium vestimentis abuti non posse. §. 1438.

Ex eodem Ulpiano sufficit vestes, quarum ususfructus legatus est, attritas reddere. §. 1439.

Quidam distinguunt inter vestes aestimatas, et inaestimatas, ut istae verum, et proprium usumfructum recipiant ex praesumpta voluntate testatoris, non illae. §. 1440.

Qui ita sentiunt, nituntur auctoritate Ulpiani, ajentis vestimentorum usufructu legato, non sicuti quantitatis ususfructus legetur, ita legatarium uti debere, ne abutatur. §. 1441.

Ulpianus legatum ususfructus vestimentorum aperte distinguit a legato quantitatis. §. 1442.

Testator pro arbitrio potest in rebus mobilibus proprium, vel improprium usumfructum relinquere, prout eas aestimaverit, vel non aestimaverit. Sed non potest rerum indolem pro arbitrio immutare. §. 1443.

Distinguunt alii inter vestes quotidianas, et funebres, vel scenicas: in his proprium usumfructum admittunt, non illis. §. 1444.

Ulpianus vestes funebres, vel scenicas a quotidianis tantum distinguit, quatenus illae locari possunt, non vero quotidianae. §. 1445.

Majus, vel minus temporis spatium, quo vestes servantur, locum non facit diversae ususfructus speciei: quod demonstratur exemplo supellectilis. §. 1446.

Testatori licet improprium usumfructum in vestibus constituere; sed in dubio proprium usumfructum vestimentorum reliquisse praesumitur. §. 1447.

Ulpiani sententia, utpote veritati magis consentanea, recipi debet. An Triboniano rite adscribantur ea verba, quibus vestes recenset in numero eorum, quae usu destruuntur? §. 1448.

Usumfructum rei haeredis, vel etiam alienae testator relinquere potest: tum etiam rei, quae alteri sit obligata. §. 1449.

§. 1432.

Consentiunt omnes, proprium usumfructum consistere in rebus omnibus, cujuscumque sint generis, mobiles, aut immobiles, quae corpore constant: dummodo sint in commercio, neque usu destruantur, quemadmodum in vino, frumento, oleo, et pecunia contingit, quae usu consumi videntur, non absolute, sed utentis respectu. (1).

(1) §. *Constituitur* 2. *instit. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit. 33.

§. 1433.

Non autem requiritur, ut emolumentum ferat res, cujus usus fructus constituitur, dummodo voluptas ex ea percipiatur. Quare traditum est, relinqui posse usumfructum statuae, et imaginis (1): numismatum quoque aureorum, vel argenteorum veterum (2); imo earum quoque rerum, in quas magis impendendum est, quam fructus colligantur, veluti fundi sterilis (3): haec enim omnia voluptatem parere apta sunt.

(1) *L. Statuae* 41. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Numismatum* 28. *ff. hoc tit.*

(3) *D. L.* 41. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1434.

Diximus, usumfructum consistere posse in rebus omnibus corporalibus (§. 1432.); in iis enim, quae corpore destituuntur, puta servitutibus, usumfructum non admittebant Romani jureconsulti. Hinc Paulus negat, itineris, actus, viae, aquaeductus usumfructum legari posse, atque duplicem sententiae suae rationem profert; prima, quia servitus servitutis esse non potest: altera, quia res incorporales non sunt in bonis nostris; adeoque etiam post Senatusconsultum, quo permittitur, ut legari possit usus fructus omnium, quae in bonis sunt, in his consistere nequeat hujusmodi servitus (1).

(1) *Nec usus, nec usus fructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit L.* 1. *ff. de usu, et usufruct. legat.* (33. 2.)

§. 1435.

Verum, cum idem Paulus, aequitate potius prae oculis habita, quam subtili disputandi ratione, modum suppeditaverit, quo servitutum usus fructus sustineatur, videlicet, ut testator servitutem leget, adjecta conditione, ut decedente legatario, vel capite minuto, servitus haeredi restituatur: praeterquamquod idem jureconsultus fatetur, usufructuario competere incerti actionem cum haerede, ut sibi, quandiu vixerit, eundi, agendi ducendi facultatem praestet (1), dicendum est, usumfructum etiam in rebus incorporalibus consistere; eo vel maxime, quod in ipsis Romanis legibus traditum est, rem in bonis nostris intelligi, quoties possidentes exceptionem, amittentes vero, ad eam recuperandam, actionem habemus (2).

(1) *D. l.* 1. *in medio ff. de usu, et usufruct. legat.*

(2) *L. Rem in bonis* 52. *ff. de acquirendo rerum dominio* (41. 1.)

§. 1436.

Eadem fere ratione, videlicet quod jura, et actiones non sint in bonis nostris, Nerva, ut fert Ulpianus, negavit, usumfructum nominum legari posse, quod tamen alii jureconsulti admittebant; atque idem Ulpianus admittendum probat ex alia ipsius Nervae sententia: videlicet Nerva non diffitetur, debitori posse legari usumfructum nominis, ex quo debitor a solvendis usuris liberatur (1). Quidni ergo legari poterit alteri nomen, ut inde usuras a debitore percipiat?

(1) *Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari, scribit, et remittendas ei usuras. L. Post quod omnium* 3. *ff. de usufruct. ear. rerum etc.* (7. 5.)

§. 1437.

Difficilior videri potest quaestio de vestimentis, utrum proprii usus fructus capacia sint, an improprium tantummodo recipiant. Ex eo pendet quaestionis solutio, an vestes ex earum rerum numero sint, quae usu consumuntur, seu destruuntur; an tantum usu atterantur et deteriores fiant, quemadmodum in supellectile contingit. Dissentiunt in hac re juris interpretes; quia nec inter se consentire videntur juris loca, in quibus vestimentorum mentio sit in eo, quod pertinet ad usumfructum,

§. 1443.

Praeterea, qui ita distinguunt inter vestes aestimatas, et inaestimatas, taeite fatentur in vestibus proprium usumfructum consistere; certissimum enim est, testatorem pro arbitrio rerum omnium mobilium verum, et proprium, vel improprium usumfructum relinquere, pront statuerit, ut easdem res, etiam deteriores factas, restituere sufficiat, vel earum pretium reddi debeat. Cum ergo arbitrentur, ex testatoris voluntate fieri posse, ut vestes proprium usumfructum recipiant, consequenter fateri debent, vestimenta proprii ususfructus capacia esse; neque enim ulla ratione defenditur, testatoribus licere, ut rerum indolem pro arbitrio immutent.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1444.

Aliis placet distinctio inter vestes quotidianas, et funebres, vel scenicas: atque in postremis verum usumfructum admittunt, quia longiore temporis spatio durare solent; improprium vero in prioribus, quarum usus frequentissimus est, adeoque usufructu finito discissae, tritae, et cuicumque usui ineptae restituerentur.

§. 1445.

Verum neque arridet sententia haec, utpoteqnae nec auctoritate, nec ratione firmatur. Non nititur auctoritate; Ulpianus enim inter utrumque vestimentorum genus nullam commemorat distinctionem, nisi quod vestes quotidianae locari nequeant (1); possint autem locari funebres, et scenicae, quamvis testator commodare, non locare solitus fuerit (2).

(1) *D. l. Sed si quid* 15. §. 4. *in fine ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 15. §. *Proinde* 5. *ff. hoc tit.*

§. 1446.

Ratione quoque destituitur sententia haec; major enim, vel minor temporis diuturnitas, qua vestes servari possint, earum indolem non immutat in eo, quod ad naturam ususfructus pertinet; alioquin enim dicendum esset, verum, et proprium usumfructum in supellectili non consistere; cum ex iis rebus, quibus eonstat supellex, aliae longiore, aliae breviore temporis spatio conserventur: imo quaedam sunt, quae assiduo usu ita eonteruntur, ut fere inutiles fiant: quod non tantum a Romanis legibus (1), sed a recta ratione, et recepto apud omnes usu abhorret.

(1) *D. l. Sed si quid* 15. §. *Et generaliter* 3. *ff. hoc tit.*, *l. ult. ff. usufructuarius quemadmodum caveat.* (7. 9.)

§. 1447.

Concludamus, vestimenta inter eas res connumeranda esse, quae verum, et proprium usumfructum admittunt, quamquam licet testatori, si ita malit, atque vel aestimata relinquat, vel aestimanda decernat, quasi usumfructum in illis eonstituere: sed in dubio praesumendum esse testatorem propriae rerum indoli se accomodasse, adeoque verum reliquisse usumfructum, nisi aliud demonstretur. Atque hinc sequitur, usufructuarium redargui non posse, quod vestimenta discissa, et attrita restituat, dummodo tamquam bonus, et diligens paterfamilias usus sit (1).

(1) *D. l.* 15. §. 4., *et* 5. *ff. hoc tit.*

§. 1448.

Sed, qua ratione explicabitur Justinianus, qui vestimenta comparat vino, oleo, frumento, et pecuniae, in quibus, prout omnes consentiunt, improprius tantummodo ususfructus consistere potest (1)? Cum manifestissima sint Imperatoris verba, nec in alium sensum ulla ratione possint detorqueri, Triboniano haec attribuunt, qui omnia legum Romanarum fragmenta inter se perpetuo eohaerere defendunt; cum tamen, effugio hoc semel probato, nihil reliquum sit, in corpore legum Romanorum, cui juris auctoritas possit denegari, si sufficiat, Triboniano adscribere, quod displicet, vel negotium facescit. Convenientius ergo dicitur, Justinianum (2) ab Ulpiano (3) dissentire; sed Ulpiani

Inst. l. 2. tit. 4 ff. 4. 7. tit. 1 Cod. l. 3. tit. 33 sententiam, utpote veritati magis consentaneam, recipiendam esse. Placuit tamen olim Senatui usufructuarium cavere debere, se in eadem bonitate vestes restituturum, vel pecuniam, illarum facta aestimatione habito respectu ad tempus quo usufructuarius easdem recepit (4).

(1) *D. §. Constituitur* 2. *instit. hoc tit.*
(2) *In d. §. Constituitur* 2. *instit. hoc tit.*
(3) *In p. l. Sed si quid.* 15. *§. Et, si vestimentorum* 4. *ff. hoc tit., d. l. Si ususfructus* 9. *§. si vestis* 3. *ff. usufructuar. quemadmod. caveat.* (7. 9.)
(4) *Thes. dec.* 80. *num.* 1. ✠

§. 1449.

Unum in hac re monendum superest, usumfructum non tantum in re propria testatoris sed in re haeredis, atque etiam in alienis rebus constitui, seu relinqui posse: quo casu, sicuti de legato proprietatis traditur, haeres usumfructum praestare, aut redimere tenebitur, vel ejus aestimationem, seu annuum reditum solvere, si redimere nequeat (1): adhibita tamen distinctione inter testatorem scientem, et ignorantem, de qua meminit Justinianus, cum rei alienae ususfructus legatus fuit (2). Atque idem jus servatur, si rei, alteri obligatae, relictus proponatur ususfructus (3), cujus eadem ratio est, ac legatae proprietatis.

(1) §. *Non solum autem* 4. *instit. de legatis* (2. 20.)
(2) *D. §.* 4. *instit. de legatis.*
(3) §. *Sed et si rem* 5. *instit. eod. tit.*

ARTICULUS II.

Quae rerum quantitas in usumfructum dari, seu relinqui possit.

SUMMARIA.

Non tantum aliquarum, sed rerum omnium usumfructum relinquere potest testator. §. 1450.

Sed cavendum est, ne fraus fiat legi, quae prohibet, ne secundo conjugi plus relinquatur, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum relictum sit. §. 1451.

Salva quoque esse debet quarta falcidia haeredibus: filiis autem legitimae proprietas, et ususfructus. §. 1452.

Potest mater emancipata dotis, a patre profectae, usumfructum patri relinquere, sola interim remanente proprietate penes filios. §. 1453.

Ususfructus omnium bonorum continet res mobiles, corporales, et incorporales: eas etiam, quae usu consumuntur. §. 1454.

Proponuntur quinque rerum species, de quibus quaeritur, utrum contineantur in usufructu omnium bonorum. §. 1455.

Ususfructus omnium bonorum futura quoque post testamentum acquisita comprehendit. §. 1456.

Omnium bonorum ususfructus similis est legato universitatis, veluti gregis, domus, peculii; haec autem continent res, quae postea accesserunt. §. 1457.

Si testatoris bona post testamentum imminuantur, usufructuarius petere nequit usumfructum earum rerum, quae distractae fuerunt. §. 1458.

Hypotheca omnium bonorum, ex praesumpta contrahentium voluntate, extenditur ad bona futura, quamvis specialis eorum mentio facta non sit. §. 1459.

Haeres, in omnibus boni institutus, consequitur etiam ea, quae post testamentum quaesita sunt. §. 1460.

Scaevola, in usufructu omnium bonorum uxori relicto quaecumque contineri tradit, nulla facta distinctione inter praesentia, et futura. §. 1461. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Afferuntur responsa Pauli, et Scaevolae, qui contrariam sententiam adstruere videntur. §. 1462.

Paulus nititur singulari verbo, quod testator usurpavit, argentum suum, *vestem* suam *legando, quod praesens tempus significat.* §. 1463.

Demonstratur, ex praesumpta testatoris voluntate argenti viatorii nomine tantum contineri, quod itineris caussa destinaverat testator, cum testamentum condidit. §. 1464.

Legato bonorum omnium mobilium *usufructu censet Thesaurus, non contineri mobilia post testamentum acquisita.* §. 1465.

Quid si testator mobilium omnium, et immobilium usumfructum reliquerit? §. 1466.

In usufructu omnium bonorum ea etiam continentur, quorum nudam proprietatem testator habet: sed usumfructum non consequitur legatarius, nisi quando ad proprietatem reversus fuerit §. 1467., *et* 1468.

Legari potest res aliena, quam haeres redimere tenetur, vel illius aestimationem praestare. §. 1469.

Testator, qui nudam rei proprietatem habet, usumfructum legans, spem, seu potius jus consolidationis relinquit. §. 1470.

Qui nudae proprietatis dominus est, et usumfructum cedit, non transfert in alium, quod suum non est. §. 1471.

Bona fideicommisso obnoxia continentur in usufructu omnium bonorum, cum testator ipse fideicommissum instituit. §. 1472.

Sed non comprehenduntur in usufructu universali, si testator jam gravatus esset de restituendo fideicommisso. §. 1473.

Cur valeat legatum rei ad haeredem spectantis, quam testator propriam existimabat, non autem censeatur testator relinquere voluisse usumfructum bonorum, quorum restitutio per fideicommissum haeredi fieri debet? §. 1474., *et* 1475.

Bona feudalia non comprehenduntur in usufructu omnium bonorum: nisi testator specialiter de iis caverit, atque facultatem ita cavendi obtinuerit a directo domino. §. 1476.

Neque ususfructus omnium bonorum ea complectitur, quae speciatim alteri legata sunt. §. 1477.

Usufructuarius omnium bonorum non habet integrum usumfructum praedii, quod alteri legatum est. §. 1478.

Refertur sententia eorum, qui putant, usufructuario universali non competere partem ususfructus fundi alteri speciatim legati; atque argumenta demonstrantur. §. 1479., *et* 1480.

Ex Fabro communicatur ususfructus inter usufructuarium omnium bonorum, atque eum, cui fundus legatus est. §. 1481.

Cum testator reliquit usumfructum omnium bonorum, et simul plenam proprietatem fundi, usufructuario non debetur valor ususfructus fundi: debetur autem, si reliquerit usumfructum aestimationis omnium bonorum. §. 1482.

In prima specie duplex legatum refertur ad eandem rem: in altera autem duo sunt legata diversarum rerum. §. 1483.

Cum relictus est ususfructus omnium bonorum, aut partis eorundem, prius deduci debet aes alienum; sed simul nomina continentur in usufructu. §. 1484.

Usufructuarius omnium bonorum prohibere non potest quominus haeres partem bonorum vendat ad dissolvendum aes alienum. §. 1485.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Uxor omnium bonorum usufructuaria dotem simul petere potest, dummodo consentiat, ut bona vendantur, quo solvatur dos. Quid si ususfructus ad alimenta restrictus sit? §. 1486.

Cur separatim agendum sit de usufructu omnium bonorum uxori relicto? §. 1487.

§. 1450.

Perspecta rerum indole, in quibus constitui possit ususfructus, inquirendum est, an singularum rerum tantummodo usumfructum relinquere, vel constituere testatoribus, vel contrahentibus permittatur, an etiam bonorum omnium. Hac autem in re unanimes respondent jureconsulti, bonorum omnium usumfructum relinqui posse (1): dummodo tamen fraus legi non fiat, et salva sit portio, quae haeredibus, vel filiis ex legum sanctione debetur.

(1) *L. Omnium bonorum* 29., *l. Quoties duobus* 34. §. *ult. ff. hoc tit.*, *l. Uxori* 37. *ff. de usu, et usufruct. legat.* (33. 2.)

§. 1451.

Potest ergo testator, bonorum omnium tam praesentium, quam futurorum usumfructum relinquere: dummodo, si secundus conjux usufructuarius relictus proponatur, non amplius ad hunc ususfructus nomine perveniat, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum relictum sit (1). Immo jure, quo nunc utimur, prohibentur donationes proprietatis inter conjuges, si exstent liberi, vel descendentes ab his, sive ex eodem matrimonio, sive ex alio progeniti: iis tamen exceptis, de quibus in ipso contractus matrimonio conveniri solet, et salva conjugi quarta secundum juris communis praescriptum (2).

(1) *L. Hac edictali* 6. *cod. de secund. nupt.* (5. 9.). *De hac re diximus Tom. I. pag.* 330., *et seqq.*

(2) *Reg. Const. lib.* 5, *tit.* 1. §. 17. *Atque conditio viduitatis semper expressa intelligitur in donationibus, quae favore mulierum fiunt, si tamen adsint liberi. Reg. Const. ibid.* §. 18.

§. 1452.

Praeterea salva quoque esse debet haeredi quarta falcidia (1), et liberis legitimae non tantum proprietas, sed etiam ususfructus (2): quartam enim haeredi servari postulat haeredis, atque ipsius testatoris favor (3); legitima autem liberis ipso naturae jure debita est, adeoque ex patris voluntate nec tolli, nec minui potest (4).

(1) *Omnium bonorum usumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, Celsus..., et Julianus... scribit, et est verius. D. l. Omnium bonorum* 29. *ff. hoc tit. In ineunda autem legis falcidiae ratione inspicitur aetas usufructuarii, juxta l. Computationi* 68. *ff. ad l. falcid.* (35. 2.), *si ususfructus ultima voluntate relictus sit: si autem ex contractu debeatur, fit computatio quindecim annorum V.* §. 1232. *Tom. I.*

(2) *Novell.* 18. *cap. Prohibemus* 3. *in fine.*

(3) *Princ. instit. de lege falcidia* (2. 22.)

(4) *D. Novell.* 18. *cap.* 3., §. *Igitur quartam* 6. *instit. de inoffic. testam.* (2. 18.)

§. 1453.

Sed quid juris statuendum est, si mater instituerit in suis dotibus a patre profectis haeredes filios quoad proprietatem, illarum vero usumfructum patri suo legaverit, poteritne avus totius dotis, dum vivit, usumfructum percipere, exclusis nepotibus, quibus tantum salva sit proprietas? Pro patre, seu avo judicavit in proposita specie Senatus (1), ea motus ratione, quod dos haec a patre profecta ad patrem redeat, quamvis filia superstites liberos reliquerit (2), quando prius decedit maritus, deinde fato fungitur mulier (3). Si ergo dos ad patrem ipso jure non revertatur, integra pertinet legitimae proprietas, et ususfructus ad filios (4).

(1) *Thes. decis.* 137. *num.* 1. ✠
(2) *Thes. d. dec. in fine.*
(3) *Thes. dec.* 138. *num.* 1. ✠, *et dec.* 190. *num.* 12. ✠
(4) *Thes. d. dec.* 137. *in fine.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1454.

De his satis consentiunt juris interpretes: sed acriter disputatur, quae res contineantur in usufructu omnium bonorum. Constat quidem apud omnes, in hoc usufructu contineri non tantum mobilia, sed et immobilia: jura quoque, et actiones (1): ne iis quidem rebus exceptis, quae usu consumuntur (2); quarum tamen improprius ususfructus, prout fert earum natura, relictus existimatur (3).

(1) *L. Uxori meae* 37. *ff. de usu, et usufruct. legat.* (33. 2.)
(2) *L. Uxori fructu* 24. *ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 4. *ff. de usu, et usufruct. legat.*

§. 1455.

Sed quaedam sunt bonorum genera, de quibus dubitari potest, utrum comprehensa intelligantur in usufructu omnium bonorum: eaque sunt: 1. Bona post testamentum acquisita: 2. Bona, quorum testator solam habet proprietatem, alter vero usumfructum: 3. Bona fideicommisso obnoxia: 4. Bona feudalia: 5. Tandem res speciatim alteri legatae.

§. 1456.

Quod pertinet ad primam quaestionem, legibus, atque testatoris voluntati magis consentanea videtur eorum sententia, qui existimant, usumfructum omnium bonorum ad futura quoque bona, seu post testamentum quaesita extendi, quam idcirco amplexus est Senatus Pedemontanus teste Thesauro (1). Haec autem sententia sequentibus argumentis demonstratur.

(1) *Thes. dec.* 168. *num.* 1. ✠, *et lib.* 3. *quaest.* 81. *num.* 1. ✠

§. 1457.

Legatum ususfructus omnium bonorum simile est legato universitatis, ut phrasi jureconsultorum utar: atque non inepte comparatur legatis aedificii, gregis, peculii. Porro grege legato oves quoque continentur, quae post conditum testamentum gregi adjiciuntur (1): legatis aedibus columnae etiam, et marmora post testamentum juncta legatario cedunt (2). Atque idem jus est de peculio legato, ut, quidquid ei accedit vel decedit, vivo testatore, legatarii lucro, vel damno sit (3). Ergo ususfructus omnium bonorum, ex praesumpta testatoris voluntate, res post testamentum acquisitas continet.

(1) §. *Si grex legatus* 18. *instit. de legatis* (2. 20.)
(2) §. *Aedibus* 19. *inst. eod. tit.*
(3) §. *Si peculium* 20. *inst. eod. tit.*

§. 1458.

Praeterea, si bona testatoris post testamentum conditum fortuitis, vel aliis quibuscumque casibus imminuerentur, consentiunt omnes, haeredi onus non incumbere, quo rerum distractarum usumfructum praestet. Si ergo testatoris patrimonium augeatur, incrementi fructus ad usufructuarium pertinere debent; cum civilis, et naturalis juris regula sit, commoda ibi esse debere, ubi sunt incommoda (1).

(1) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de R. J.* (50. 17.)

§. 1459.

Probatur 3. sententia haec exemplo hypothecae omnium bonorum, quae futura quoque bona post contractum quaesita amplectitur, ex praesumpta contrahentium voluntate, quamvis specialis mentio de illis facta non fuerit (1). Potiori ergo ratione extensio haec admitti debet in usufructu omnium bonorum legato; etenim in hypotheca id

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit 33.

agitur, ut deterior fiat conditio debitoris, cui tamen leges in dubio maxime favent (2); in usufructu vero omnium bonorum explicanda proponitur ambigua testatoris voluntas, quae benigne, quantum fieri potest, semper accipi debet (3).

(1) *L. ult. cod. quae res pignori* (8. 17.)

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat., et act.* (44. 7.), *l. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(3) *L. In testamentis* 12. *ff. de reg. jur.*

§. 1460.

Ad haec fatentur omnes, haeredi, in omnibus bonis instituto, ea quoque competere, quae defunctus post testamentum adeptus est, tum ex praesumpta testatoris voluntate, qui alium in hisce bonis haeredem non instituit, tum ex regula juris, quae non patitur, ut quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat (1). Ergo bonorum omnium usufructuarius iis quoque uti frui debet, quae defuncti patrimonio post testamentum accesserunt.

(1) §. *Haereditas* 5. *in fine instit. de haeredib. instituend.* (2. 14.)

§. 1461.

Postremo sententiam hanc firmare videtur Scaevola; interrogatus enim jureconsultus quae res continerentur in usufructu bonorum omnium uxori legato, omnia omnino contineri respondit, praedia rustica, et urbana, mancipia, et supellectilem, nomina quoque debitorum: nec innuit ullam faciendam esse distinctionem inter ea, quae in defuncti patrimonio essent tempore conditi testamenti, atque alia, quae forte post testamentum acquisita fuerint (1).

(1) *L. Uxori meae* 37. *ff. de usu, et usufruct. legato* (33. 2.)

§. 1462.

Objici huic sententiae solent duo juris textus; videlicet Pauli, et Scaevolae responsa. Paulus speciem expendens, qua testator vestem suam, argentum suum alteri legaverit, respondit, illud tantum legatum videri, quod testamenti tempore defunctus possedisse (1): Scaevola autem argento viatorio legato illud tantum contineri ait, quod paterfamiliast habuisset argentum viatorium eo tempore, quo testamentum condidit (2).

(1) *Si ita esset legatum*, vestem meam, argentum meum damnas esto dare, *id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset. L. Si ita* 7. *ff. de auro, et argentum legat.* (34. 2.)

(2) *L. ult. ff. eod. tit.*

§. 1463.

Verum, quod ad Paulum attinet, cum veste, vel argento legatis illud tantum legatario deberi existimat, quod defunctus testamenti tempore habebat, non nititur ganerali regula, qua iu legato universitatis bona tantum praesentia contineantur, sed speciali loquendi formula, qua testator, vestem *suam*, argentum *suum* legans, demonstrare videtur praesens tempus, et futurum excludere (1): maxime quia legata haec potius pertinent ad res singulares, quam ad rerum universitatem; si enim rerum universitas, hujusmodi demonstratioue adjecta, proponeretur legata, aliud defendi posset (2).

(1) *Nam, cum dicit vestem meam, argentum meum, hac demonstratione* meum *praesens, non futurum tempus ostendit. D. l. Si ita* 7. *ff. de aur. et argen, legat.*

(2) *Argum. l. Uxori meae* 37. *ff. de usu, et usufruct. legato, in qua Scevola speciem pertractans, qua testator uxori bonorum suorum usumfructum reliquerat, legato hoc bona omnia contineri respondit, nulla facta distinctione praesentia inter et futura.*

§. 1464.

Facilius solvitur, quod objiciunt ex Scaevola ajente, legato argento viatorio illud tantum comprehendi, quod paterfamilias viatorium habeat, cum testamentum conderet (1); cum enim ex praesenti patrisfamilias destinatione pendeat, quod argentum

viatorium sit, necne, itaut post reditum ab itinere prius argentum viatorium esse desinat, si, novum iter instituens paterfamilias, aliud argentum secum ferat, scite, respondit Scaevola, illud argentum videri legatum, quod tempore conditi testamenti viatorium, seu itineris caussa paratum, et destinatum paterfamilias habebat. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *D. l. ult. ff. de auro, et argen. legat.*

§. 1465.

Omnium ergo bonorum legato usufructu futura etiam bona continentur. Si autem testator qualitatem bonorum adjecerit, puta scripserit, se relinquere usumfructum omnium bonorum mobilium; vel omnium bonorum tum mobilium, tum immobilium, dubitari potest an locum habeat superius tradita regula, qua diximus futura quoque bona, seu bonorum post testamentum aquisitorum legatum videri usumfructum (§. 1456.). Si mobilium dumtaxat bonorum relictus fuerit ususfructus, censet Thesaurus, nonnisi praesentia hoc legato contineri (1); quia legatum hoc singulare sit, adeoque non veniant bona post testamentum acquisita: cadem fere ratione, qua praesens tempus significat testator, qui pronomen *suum* rei legatae adjicit (§. 1463.)

(1) *Thes. dec.* 168. *num.* 2.

§. 1466.

Gravior est difficultas, cum testator bonorum omnium tum mobilium, tum immobilium usumfructum reliquit. Sane usufructuario favere videtur legati natura, quae universitatem quandam continet (§. 1457.): atque demonstratio illa *mobilium*, et *immobilium*, potius ex stylo notariorum adjecta videtur, quam ex mente testatoris; potissimum si idiota sit, et hasce juris interpretum subtilitates ignoret. Neque nocet exemplum donationis, quae futura non comprehendit (1); haec enim stricti juris est, et stricte explicari debet (2): testamentorum vero benigna, quantum verba patiuntur, semper fit interpretatio (3). Attamen contra usufructuariam uxorem bonorum omnium mobilium, et immobilium judicavit Senatus (4).

(1) *Thes. dec.* 199. *num.* 1. ✠

(2) *L. Sive possidetis* 16. *cod. de probationib.* (4. 19.), *l. Cum de indebito* 25. *in medio ff. eod. tit.* (22. 3.), *juncta l. Filiusfamilias* 7. *princ. ff. de donationib.* (39. 5.)

(3) *L. In testamentis* 12. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(4) *Thes. d. dec.* 168. *num. ult.* ✠

§. 1467.

2. In usufructu omnium bonorum ea etiam comprehenduntur, quorum testator solam habet proprietatem, alter vero usumfructum; vere enim dominium rei habere dicitur, cui nuda competit proprietas (1). Cum ergo testator omnium bonorum suorum usumfructum reliquerit, nec ullum exceperit, aut excluserit, merito praesumitur de iis quoque sensisse, quorum ususfructus alienus est.

(1) *Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est; quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via, et iter; nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius. L. Recte dicimus* 25. *ff. de verb. signific.*

§. 1468.

Non tamen usumfructum hujus generis bonorum prius consequetur legatarius, quam fuerit proprietati consolidatus, sive consolidatio vivente, sive mortuo testatore contingat; quamdiu enim ususfructus a proprietate divisus est, res aliena existimatur, quam testator legasse non praesumitur, nisi sciverit alienam (1), vel saltem legatum proponatur relictum conjunctae personae (2). Quod si ususfructus ad haeredem pertineat, statim a morte testatoris legatario acquiretur; nisi aliud voluisse testatorem haeres demonstret (3).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) §. *Non solum* 4. *instit. de legatis* (2. 20.)
(2) *L. Cum alienam* 10. *cod. de legatis* (6. 37.)
(3) *L. Unum ex familia* 67. §. *Si rem tuam* 8. *ff. de legat.* 2. (31. 1.), *l. Sticho* 36. *ff. de usu, et usufr. legat.* (33. 2.)

§. 1469.

Neque objiciatur, testatorem relinquere non posse, quod suum non est (1); nihil enim impedit, quominus testator rem alienam leget, non quidem ita, ut rei dominum cogere possit ad rem legatario praestandam; sed ut haeres teneatur eandem redimere, vel ejus aestimationem solvere, si redimere nequeat (2): immo Paulus, et Ulpianus aperte docent, nudae proprietatis dominium cedere posse; et legare usumfructum, qui tunc ad legatarium perveniet, cum ad proprietatem reversus fuerit (3).

(1) *L. Nemo plus juris* 54. *ff. de reg. jur.*
(2) §. *Non solum* 4. *instit. de legat.*
(3) *L. Quod nostrum* 63., *l. Si dominus* 72. *ff. hoc tit.*

§. 1470.

Praeterea respondemus, in proposita specie non intervenire legatum rei alienae, sed propriae; non enim testator usumfructum ea mente relinquere in dubio praesumitur, ut statim legatario acquiratur, sed tunc tantum, cum proprietati consolidatus erit (1). Relinquit ergo testator spem, seu, ut melius dicam, jus consolidationis, sibi tamquam proprietario competens.

(1) *D. l. Si dominus* 72. *ff. hoc tit.*

§. 1471.

Hinc difficultate non caret, quod ait Paulus, nudae proprietatis dominum, qui usumfructum alteri cedat, ad alium transferre, quod suum non est (1): quod etiam tamquam aliquid singulare, et contra rationem juris receptum profert (2): vel enim proprietarius ita cedit usumfructum, ut statim ad alterum contrahentem pervenire debeat, et nullius momenti cessio est, utpote de re aliena (3). Vel putat Paulus usumfructum a domino solius proprietatis ita cedi posse, ut cessionario quaeratur, cum proprietati consolidatus fuerit: atque in hac specie cedit, quod suum est, videlicet spem consolidationis, seu jus percipiendi usufructus, cum ad proprietatem reversus fuerit. Nemo sane dubitat, quin jus sub conditione quaesitum in alterum transferri possit, quamvis incertum fuerit, utrum conditio extitura sit, an defectura; quia stipulationes conditionales ex praesenti vires accipiunt, ut ait idem Paulus, quamvis petitio interim sit suspensa (4). Potiori ergo ratione cedi potest id, cujus acquisitio certa est, etiamsi tempus acquisitionis ignoretur.

(1) *Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. D. l. Quod nostrum* 63. *ff. hoc tit.*
(2) *Desumpta enim est d. l.* 63., *ut ex ejus inscriptione patet, ex libro singulari de jure singulari.*
(3) *D. l. Nemo plus juris* 54. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(4) *L. Usufructus* 26. *ff. de stipulat. servor.* (45. 3.)

§. 1472.

Si autem quaeratur, utrum in usufructu omnium bonorum ea etiam comprehendantur, quae fideicommissi vinculo adstricta sunt, non omnino consentiunt interpretes. Sed in primis distinguendum est, an fideicommissum injunctum sit ab ipso testatore, qui usumfructum reliquit; utrum ab alio, quod idcirco jam restituere deberet testator ipse. Si institutum proponatur fideicommissum ab ipso testatore, unanimis est sententia, bona haec ad usufructuarium bonorum omnium pertinere, ut illis quoque utatur, fruatur (1); cum enim plene horum dominus sit testator, nihil officere potest, quominus in legato contineantur.

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 19. *num.* 5.

§. 1473.

Quod si ab alio injunctum sit fideicommissum, longe probabilius defenditur, hujusmodi bona non comprehendi in generali rerum omnium usufructu, nisi aliud demonstretur: potissimum si conjecturae suppetant, testatorem de suis tantummodo bonis disponere voluisse (1); cum enim bona haec fideicommissaria testatoris esse desinant, quando vires habet testamentum (2); immo fideicommissum haeredi ipsi restituendum inter aes alienum recenseri debeat (3), quod prius detrahendum est, quam ususfructus percipiatur (4); utpotequia in bonis non computatur, nisi quod superest, deducto aere alieno (5), in dubio non praesumitur testator de his bonis sensisse. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *Thes. d. lib.* 3. *quaest.* 19. *num.* 3., *et* 4. ✠.

(2) *L. Unum ex familia* 67. §. 1. *ff. de legat.* 2. (31. 2.), *l. ult.* §. *Sin autem* 3. *cod. comm. de legatis* (6. 43.).

(3) *L. Irritum* 8. *cod. ad l. falcid.* (6. 50)

(4) *L. ult. ff. de usu, et usufruct. legat.* (33. 2.)

(5) *L. Subsignatum* 39. §. 1. *de verb. signific.*

§. 1474.

Neque adversariis favet, ut saltem adstruant, bona fideicommissaria intelligi comprehensa in usufructu omnium bonorum, cum fideicommissi restitutio haeredi ipsi facienda est, responsum Papiniani, quo tradit valere legatum rei, ad haeredem spectantis, quamvis propriam existimasset testator: utpotequia non videatur nimis gravatus haeres qui non rem alienam redimere, sed suam praestare cogitur (1); jureconsultus enim speciem expendit, qua testator demonstravit, se ea mente esse, ut singularis res legatario acquiratur. Quare, ex praesumpta testatoris voluntate, ab haerede praestandam esse respondit; maxime quia conqueri non potest haeres, quasi gravissimum onus subire teneatur, cum propriam tantummodo rem praestet, ut obsequatur testatori, cujus omnia bona, et jura consequitur.

(1) *L. Unum ex familia* 67. §. *Si rem tuam* 8. *ff. de legatis* 2. (31. 1.)

§. 1475.

In specie autem, quam pertractamus, testator nullatenus significavit se velle, ut ad legatarium perveniat ususfructus bonorum, quae fideicommissi nomine haeredi sunt restituenda. Quare ex Papiniani responso tantum inferri potest, bona fideicommisso subjecta, atque haeredi restituenda contineri in usufructu omnium bonorum, si testator specialem de his mentionem fecerit, quod sponte fatemur.

§. 1476.

Quod de bonis fideicommissi vinculo adstrictis modo diximus, potiori ratione obtinet in feudalibus; cum immo testator de his disponere nequeat, nisi disponendi facultatem obtinuerit a directo domino; vassallus enim neque feudum alienare, neque alia ratione de eo disponere potest, nisi ex directi domini voluntate (1). Quamquam nil vetat, quominus testator usufructuario relinquat jus percipiendi annuos fructus, seu reditus feudi, qui ad haeredem pertinent (2); reditus enim, et fructus a fundo feudali separati feudales esse desinunt.

(1) *Feudorum lib.* 2. *tit.* 9. §. 1.

(2) *Argum. d. l.* 67. §. *Si rem tuam* 8. *ff. de legatis* 2.

§. 1477.

Postremo in bonorum omnium generali usufructu non continentur ea, quae testator alteri specialiter reliquit; cum enim certa sit juris regula, fundo legato non tantum proprietatem, sed illius quoque usumfructum tributum censeri (1), praesumi non debet testator ab hac regula recessisse ex eo, quod omnium bonorum usumfructum alteri legaverit: generi per speciem derogatur, non speciei per genus (2).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *Nam etsi fundus tibi legatus fuisset, et mihi ejusdem fundi ususfructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu: et non haeredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu. L. Si tibi decem* 6. *ff. de usufructu ear. rer., quae usu consum.* (7. 5.)

(2) *L. In toto jure* 80. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1478.

Haec quidem certa sunt: sed acriter controvertitur, utrum usufructarius universalis partem habere debeat ususfructus in fundo, qui speciatim alteri legatus fuit. Atque tres sunt diversae sententiae. Prima, quae tamen paucos fautores habet, eorum est, qui putant usufructuario omnium bonorum competere integrum fundi usumfructum. Sed sententia haec nullo nititur fundamento, immo penitus adversatur juris principiis, tum illis, quae tradunt, generi nunquam derogari per speciem (1); tum specialibus, quibus statuitur, communicari usumfructum, quoties testator uni fundum legavit, alteri ejusdem fundi usumfructum, nisi expresserit, se legatario fundi nudam relinquere proprietatem, detracto usufructu (2). Proinde rejici debet, nisi aperte testator aliud velle declaraverit (3).

(1) *D. l. In toto jure* 80. *ff. de reg. jur.*

(2) *L. Si alii fundum* 19. *ff. de usu, et usufr. legat.* (33. 2.)

(3) *Fab. cod. de legatis lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 3. *num.* 6. *in corp.*

§. 1479.

Sentiunt alii, et magis communiter, tum proprietatem, tum usumfructum fundi in proposita specie competere illi, cui fundus speciatim legatus fuit, quin usufructuarius omnium bonorum partem habiturus sit: atque nituntur tum juris regula, ex qua specialia generalibus derogant (1): tum praesumpta testatoris voluntate, qui non videtur partem fundi, ita dicam, seu ejus usumfructum auferre voluisse ab eo, cui minimum reliquit, ut pars haec ad alterum perveniat, cui bonorum omnium ususfructus legatus est: ut enim in specie non plane absimili ratiocinatur Scaevola, verosimile non est testatorem, qui nihil aliud uni legavit, quam fundum, ad alterum, cui totius haereditatis usumfructum reliquit, partem prioris legati generali sermone transferre voluisse (2).

(1) *D. l. In toto jure* 80. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Uxorem* 41. §. *Felicissimo* 3. *ff. de legat.* 3. (32. 1.), *l. Alimenta* 16. §. *Basilicae* 2. *ff. de alimentis, vel cibariis legatis* (34. 1.)

§. 1480.

His addi potest non magis usufructuarium omnium bonorum concurrere in usufructu cum legatario unius fundi, quam haeredem: haeredi autem nuda competit proprietas, cum alteri fundi ususfructus legatus est (1), quamquam aliunde ex juris subtilitate traditum est, uni legato fundo, alteri usufructu ejusdem fundi, communicari inter legatarios usumfructum (§. 1294.)

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1481.

Sed placuit Sabaudo Senatui tertia sententia, quae media inter priores modo relata est, ut fructuarius omnium bonorum concurrat in fundi usufructu cum legatario proprietatis (1); quia ususfructus, quamvis in jure, non in portione consistat, emolumentum tamen rei habet, et portionis locum obtinet (2), adeoque pars ususfructus fundi pertinere debet ad usufructuarium omnium bonorum. Atque sententia haec fundamentum quoque habet in generali juris regula, qua traditur, usumfructum communicari inter duos legatarios, quorum uni fundus simpliciter legatus sit, alteri ejusdem fundi ususfructus (3).

(1) *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 3.

(2) *L. Maevius* 66. §. *Fundo legato* 6., *juncta l. Cum filius* 76. §. *Dominus* 2. *ff. de legatis* 2. (31. 1.)

(3) *D. l. Si alii* 19. *ff. de usu, et usufr. legat.* (33. 2.)

§. 1482.

Priusquam huic capiti finem imponamus, quaedam sunt animadvertenda. 1. Inter casum, quo testator usumfructum omnium bonorum, eumque, quo bonorum pretii, seu valoris usumfructum relinquit, hoc interest discrimen, quod in priore specie usufructuarius petere nequit fructus, seu aestimationem fructuum fundi, qui specialiter legatus sit alteri pleno proprietatis jure: in altera autem praeter fundi hujus proprietatem, et fructus adhuc consequitur ususfructus ejusdem fundi praetium (1) Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *Nam si quidem rerum legetur, deducto eo, quod praeterea sibi legatum est, ex reliquis bonis usumfructum feres: sin autem aestimationis ususfructus legatus est, id quoque aestimabitur, quod praeterea sibi legatum est. L. Si alii* 42. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1483.

Discriminis ratio inter utramque speciem in eo non consistit, quod in una duplex legatum sit, unicum vero in altera; sed inde deducitur, quod in prima specie duplex legatum refertur ad eandem rem; quippe testator semel, et iterum legat ejusdem fundi usumfructum, videlicet prius in generali bonorum omnium usufructu, posterius in singulari legato fundi: legatum autem non augetur ex eo, quod eadem res pluries relicta fuerit, nisi alia demonstretur testatoris voluntas. In altera duplex est legatum diversarum rerum, in quorum primo continetur ususfructus aestimationis bonorum, in altero singulare legatum fructuum ejusdem fundi, non autem aestimationis (1).

(1) *Nam saepius idem legando, non ampliat testator legatum: re autem legata, etiam aestimationem ejus legando, ampliare legatum possumus. D. l.* 42. §. 1. *in fine ff. hoc. tit.*

§. 1484.

2. Discrimen quoque interest inter usumfructum omnium bonorum, vel certae partis eorum; veluti tertiae, quartae, atque usumfructum rerum singularum. Si testator bonorum omnium, vel eorundem certae partis usumfructum leget, in primis deduci debet aes alienum, et vicissim nomina debitorum computanda sunt; quod enim aliis debetur, testatoris patrimonio non continetur; auget vero, quod debitum est. Sed legatus ususfructus singularum rerum, neque nominibus augetur, nec aere alieno imminuitur (1): quia nomina debitorum legato singulari ususfructus non continentur, aes vero alienum ex caeteris rebus haereditariis dissolvi debet.

(1) *L. ult. ff. de usu, et usufruct. legato* (33. 2.)

§. 1485.

Hinc usufructuarius omnium, vel certae partis bonorum non quidem tenetur debita solvere, quia singularis successor est (1): sed nec prohibere potest proprietarium, quominus partem bonorum vendat ad solvendum aes alienum, etiamsi inde minuatur ususfructus (2): debita enim haereditaria ex bonis defuncti solvi debent, non ex bonis haeredis, quamvis forte haeres pure adiisset haereditatem, non enim prius effectum sortiri debent liberalitates testatoris, quam detractum fuerit, quod alterius est (3).

(1) *L. Aeris alieni* 15. *cod. de donationib.* (8. 54.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 1.

(3) *D. l. ult. ff. de usu, et usufruct. legato, l. Subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. signif.*

§. 1486.

Si ergo proponatur mulier, a marito relicta usufructuaria bonorum omnium, separatim potest dotem, et usumfructum petere: dummodo consentiat, ut bona haereditaria distrahantur, atque ita ususfructus a viro relictus minuatur, ut dotes sibi solvantur; quia dos inter aes alienum computatur, quod prius deduci debet, quam percipiatur ususfructus (1). Quod si ususfructus mulieri relictus ad alimenta restringatur, ex Bulgari consuetudine in foro passim recepta, quam mox expendimus, praeter dotem, et

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33. usuras dotis a die finiti anni luctus, alimenta in usufructu comprehensa petere potest (2), in hac enim postrema specie mulier legataria est rei singularis, adeoque legatum aere alieno imminui non debet (§. 1484.)

(1) *Fab. d. def.* 1. *cod. hoc. tit. num.* 5., *et seqq. in corp.*
(2) *Fab. d. def.* 1. *num.* 6. *in alleg.* ✠

§. 1487.

Haec sunt, quae pertinent ad rerum quantitatem, ex quibus percipitur ususfructus: unum superest expendendum, quod etiam buc refertur, videlicet consuetudo primum a Bulgaro inducta, deinde in foro passim recepta, ex qua ususfructus omnium bonorum, mulieri a viro legatus, in multis casibus ad sola alimenta restringitur. Sed, quia hoc argumentum quotidiani fere usus est, et plures complectitur maximi momenti quaestiones, opportunum idcirco duximus de eo seorsim agere.

APPENDIX.

De usufructu omnium bonorum uxori relicto.

SUMMARIA.

Exponitur summa consuetudinis a Bulgaro inductae, qua ususfructus omnium bonorum uxori relictus, extantibus liberis, restringitur ad alimenta. §. 1488.

Consuetudo haec nititur aequitate, et praesumpta testatoris voluntate. §. 1489.

Extraneorum haeredum favore ususfructus, uxori relictus, non restringitur ad alimenta: et cessat consuetudo, si liberi decedant. §. 1490.

Si mater ex culpa sua cum filiis non moretur, privatur usufructu, seu alimentis a viro relictis. §. 1491.

Sed eadem retinet, si communio habitationis dissocietur ex alia caussa: puta si liberi decesserint. §. 1492.

Non finitur cum tutela ususfructus relictus matri, quae simul tutrix fuerit testamento nominata. §. 1493.

Quid si pater tutricem uxorem elegerit filiorum prioris, et posterioris matrimonii, eamque bonorum omnium usufructuariam reliquerit? §. 1494.

Consuetudo odio matris, et filiorum favore, a Bulgaro inducto, ad novercam non extenditur. §. 1495, *et* 1496.

An filiis debeatur non tantum proprietas legitimae, sed etiam ususfructus, cum ususfructus uxori relictus restringitur ad alimenta. §. 1497.

Dividi non debent fructus in partes aequales matrem inter, et filios, cum sola alimenta consequitur mulier usufructuaria. §. 1498.

Cessat Bulgari consuetudo, cum apparet, testatorem voluisse, ut uxor verum, et plenum usumfructum habeat, quamvis extent liberi. §. 1499.

Legatus censetur plenus ususfructus matri, cui a testatore injunctum est onus solvendi aes alienum, filios educandi, et instituendi. §. 1500.

Si testator, praeter usumfructum, alia testamenti parte reliquerit alimenta, velle censetur, ut plenus ususfructus mulieri competat. §. 1501.

Remissio quoque mulieri facta conficiendi inventarii, et reddendarum rationum, eandem in testatore voluntatem demonstrat. §. 1502.

Dummodo certe constet liberationem hanc referri ad usumfructum, non vero ad tutelam matri delatam. §. 1503.

Si mater, cui non tantum ususfructus, sed aliud legatum, pleno proprietatis jure, relictum est, transeat ad alias nuptias, vivente filio, amittit usumfructum. §. 1504.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Retinet vero utrumque legatum, si defunctis filiis rursus nubat. §. 1505.

Expenditur quaestio, utrum mulieri, cui legatum proprietatis relictum est, quamvis transeat ad secundas nuptias, atque ususfructus omnium bonorum, si caste vivat, debeatur utrumque legatum, si vidua permanserit. §. 1506, *et* 1507.

Sunt, qui putant, plenum usumfructum deberi mulieri, cui relictus sit unacum liberis. §. 1508.

Negant alii, ex hac clausula praecise sumpta colligi posse legatum veri, et integri ususfructus. §. 1509.

Nonnisi dimidiam ususfructus partem habet mulier, cui relictus sit ususfructus unacum liberis. §. 1510.

Si mater unacum filio instituta sit usufructuaria omnium bonorum, nec ullus filio substitutus datus sit, filius autem decesserit, mater integrum totius haereditatis usumfructum habet. §. 1511.

Proponuntur quaedam distinctiones adhibendae, cum filio datus est substitutus. §. 1512.

Si pater filio substituerit aliquem ex numero liberorum, decedente instituto, mater non lucratur partem ususfructus, quae huic competebat. §. 1513.

Integer ususfructus pervenit ad matrem, mortuo filio, cui vulgariter substitutus est extraneus. §. 1514.

Cum pater filio, cui unacum matre bonorum omnium usumfructum reliquit, pupillariter substituit, quidam distinguunt, an ususfructus ita matri relictus fuerit, ut unum sit legatum; an ita, ut plura legata videantur. §. 1515., *et* 1516.

Plenus ususfructus totius haereditatis pervenit ad matrem, mortuo filio, cui substitutus pupillariter fuerat extraneus, nulla adhibita distinctione. §. 1517.

Integrum quoque usumfructum acquirit mater, cum substitutus quidem fuit unus ex numero liberorum; hic autem decessit, atque haereditas jure successionis intestatae ad extraneum pervenit. §. 1518.

Dimidia tantum ususfructus portio debetur matri, cum pater filio per fideicommissum substituit §. 1519.

Verus ususfructus relictus existimatur, cum testator integrum, plenum, *et* liberum *usumfructum mulieri legat.* §. 1520.

Exceptio est, si ampla haec verborum significatio ex aliis verbis coerceatur: puta si testator dixerit, se legare usumfructum integrum, et congruentem. §. 1521.

Mulieri, quae scripta fuerit haeres particularis in usufructu omnium bonorum, unacum filio haerede universali, verus, et proprius ususfructus relictus praesumitur. §. 1522.

Certa, et generalis regula statui non potest in hoc argumento; sed judex singulis pensatis aestimare debet. §. 1523.

Mulier dotem separatim petere potest, in eo tantum casu, quo ususfructus ipsi relictus restringitur ad alimenta. §. 1524.

Mulier, usufructuaria omnium bonorum, pro parte tenetur suppeditare alimenta liberis defuncti mariti. §. 1525.

Ususfructus, mulieri relictus sub conditione, non debetur, nisi praescriptas conditiones impleat. §. 1526.

§. 1488.

Expendenda est in hoc capite famigerata Bulgari consuetudo, seu sententia Bononiae in Curia Bulgari primum inducta, deinde a pragmaticis passim recepta, maxime in Italia, unde dicta est consuetudo: eaque fert, usumfructum omnium bono-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

rum uxori relictum restringi ad alimenta, et quae his continentur, vestitum, et habitationem, si extent liberi (1); ita tamen ut alimenta haec manu propria sibi percipiat mater, non autem de manu haeredis; quippequae bonorum rectrix, et administratrix habetur unacum filiis (2).

(1) *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 14., *Thes. quaest. forens. lib.* 1, *quaest.* 54. *num.* 1.

(2) *Thes. d. num.* 1., *Fab. d. def.* 14. *num.* 1. *in corp.*

§. 1489.

Fatentur omnes, consuetudinem hanc a jure Romano alienam esse (1): sed ex aequitate inductam fuisse, ne alioquin filii, in sola proprietate instituti, fame interim perire cogerentur (2), quod non patitur naturalis ratio, nec praesumpta testatoris voluntas; praeterquamquod, etiamsi forte liberi aliunde habeant, quo suis necessitatibus prospiciant, pater creditur ita statuisse, ut mater filiorum bona administret, cum ipsis moretur, atque ita eorum idemnitati, et utilitati facilius, et tutius consulat (3).

(1) *L. Uxori fructu* 24., *l. Uxori meae* 37. *ff. de usu, et usufruct. legat.* (33. 2.) *l. Tutores* 18. *cod. de excusationib. tutor.* (5. 62.)

(2) *Fab. d. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 14. *num.* 1. *in allegat.*

(3) *Fab. d. def.* 14. *num.* 1. *in corp.*

§. 1490.

Filiorum ergo favore inducta est hujusmodi consuetudo: atque hinc sponte sequitur, extraneis haeredibus, etiam ex asse institutis in proprietate bonorum, nullatenus prodesse (1), necnon vim suam amittere, si filii decedant (2); cum cessante caussa cessare quoque debeat effectus, qui ab illa pendet (3): adeoque integrum usumfructum mulier consequetur.

(1) *Fab. d. def.* 14. *alleg.* 1.

(2) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 54. *num.* 2.

(3) *L. Quod dictum* 32. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. Adigere* 6. §. *Quamvis nulla* 2. *ff. de jur. patron.* (37. 14.), *Cap. Cum cessante* 60. *Decr. Greg. extra de appellat.* (2. 28.)

§. 1491.

Cum ususfructus matri relictus restringatur ad alimenta ex praesumpta testatoris voluntate, qui creditur ea ratione filiorum utilitati prospexisse, ut mater cum illis degeret (§. 1489.), statim nascitur dubitatio, utrum mater usumfructum hunc, seu alimenta amittat, si forte cum liberis amplius non moretur. Distinguendum est: si ex culpa, vel facto mulieris dissolvatur communio habitationis, puta ex eo, quod transierit ad secundas nuptias, privari debet hujusmodi usufructu, seu alimentis (1), quasi deficiente tacita conditione, quae huic legato inest (2).

(1) *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 14. *num.* 2. *in corp.*

(2) *L. Si ea conditione* 3. *cod. de condit. insert.* (6. 46.)

§. 1492.

Quod si ex alia caussa quae in potestate mulieris non sit, dissocietur communis haec habitatio, veluti si decedant liberi, retinet mater usumfructum, quamvis expressim apposita fuisset conditio haec, *dum cum filiis moraretur* (1); quia receptissimum apud omnes est, conditionem hanc impletam censeri, quoties non deficit ex voluntate illius, qui eandem executioni demandare tenebatur (2). Atque hinc sequitur, adhuc praestanda esse alimenta matri, quae ad secunda vota transierit post mortem filiorum (3): quia post eorum mortem deficere amplius non potest conditio, quia nec impleri amplius potest.

(1) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 54. *num.* 2. ✠

(2) *L. Illis libertis* 84. *ff. de condit., et demonstrationib.* (35. 1.), *l.* 1. *cod. de legat.* (6. 37.)

(3) *Fab. d. def.* 14. *cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1493.

Quod si fingamus, usumfructum simul cum tutela filiorum relictum esse matri; censet Faber, eum, sive jus alimentorum, quod in eo continetur (§. 1488.), simul pariter cum tutela finiri (1), quasi utrumque ita invicem connexum sit, ut alterum ab altero separari non debeat, ex praesumpta testatoris voluntate (2). Verum sententia haec non caret difficultate; non enim ex eo, quod testator onus tutelae injunxerit uxori, et simul liberalitatem contulerit in eam, colligi potest, commodum, et incommodum invicem dependere; maxime in hoc argumento, in quo a jure communi receditur, ex praesumpta, seu a Bulgaro, ut melius dicam, conficta testatoris voluntate (§. 1489.); cum alioquin certissimum sit, legata ex mera testatoris liberalitate profecta existimari (§. 953. 2.). Atque his addi potest, alimenta legata, nulla facta temporis mentione, quo praestari debeant, per totum vitae tempus deberi (3).

(1) *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *d. def.* 14. *num.* 4. *in allegat.*

(2) *Argum. l. Jam hoc jure* 4. *ff. de vulgar., et pupillar. substitut.* (28. 6.), *in qua receptum traditur, ut vulgaris substitutio pupillarem complectatur, et vicissim haec sub se habeat vulgarem.*

(3) *L. Mela ait* 14. *ff. de aliment. vel cibar. legat.* (34. 1.), *l. Cum hi, quibus* 8. *§. Modus quoque* 10. *ff. de transact.* (2. 15.)

§. 1494.

Hinc neque recipi potest, quod subjicit laudatus auctor, usumfructum mulieri relictum, seu alimenta una cum tutela finiri, etiam in ea specie, qua pater, filios habens in pupillari aetate constitutos, ex duobus matrimoniis, ad omnium tutelam vocavit uxorem cum usufructu; quia, etiamsi inutilis sit datio tutelae quoad novercam (§. 1548. 1.), non tamen melior esse debeat novercae conditio quoad usumfructum; cum testator eam non pro noverca, sed tamquam pro communi matre habuerit (1); nam hic quoque recurrit modo allata ratio, ex qua legatum ususfructus in dubio a tutela pendere non existimatur (§. praeced.).

(1) *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *d. def.* 14. *num.* 4. *in allegat.*

§. 1495.

An consuetudo haec in foro recepta odio matris, novercae quoque officiat, ut nihil amplius praeter alimenta consequatur, cum domina, et usufructuaria bonorum omnium, una cum liberis alterius matrimonii, relicta fuit a bimubo praedefuncto marito, in utramque partem disputatur. Novercae quidem favet proposita modo regula, quod consuetudo haec, contra rationem juris inducta, ultra suos limites non sit protendenda (§. 1493.): Bulgari autem consuetudo ad matrem tantummodo pertinet (§. 1488.): praeterquamquod deficere in noverca videtur praesumpta testatoris voluntas, quod pater ita statuerit, ut mater cum liberis morando, et bona administrando eorum indemnitati, et utilitati prospiciat (§. 1489.). Quare plures sunt, qui novercam ab hujus consuetudinis vi eximendam sentiunt (1).

(1) *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 14. *num.* 2. *in allegat. post alios.*

§. 1496.

Novercae vero adversatur duplex argumentum. 1. Quod non deceat eam melioris esse conditionis, quam matrem ipsam. 2. Quod Bulgari consuetudo non ea tantum innitatur praesumptione voluntatis, qua pater creditur ita disposuisse, ut mater cum filiis degat, eorum bona administret, et utilitati prospiciat: sed altera potissimum, ne filii in gravissimae necessitatis periculum adducantur, si mater fructus omnes bonorum percipiat, sola reservata filiis proprietate (§. 1489.), quod periculum longe

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

magis imminet, si fructus omnes novercae arbitrio permittantur. Adversus novercam respondere non dubitarem, nisi quaestio esset de consuetudine a communibus juris regulis omnino aliena, necnon parum plerumque consentanea menti testatoris, adeoque stricte, quantum fieri potest, interpretanda (§. 395. 1.).

§. 1497.

Caeterum, ut supra generatim monuimus (§. 1452.), salva semper esse debet filiis legitimae non tantum proprietas, sed etiam ususfructus, cum mater integrum ex testatoris voluntate, ut aliquando contingit, et mox explicabimus, usumfructum consequitur (1). Quod si ad sola alimenta legatus matri ususfructus restringitur, an idem quoque jus competat filiis, ut legitimam consequantur, non ita facile potest definiri. Affirmant aliqui, et nituntur auctoritate Justiniani, qui indistincte prohibet, ne uxoribus omnium bonorum usumfructum relinquere ita liceat, ut aliquid detrahatur proprietati, vel usufructui legitimae filiis debitae (2).

(1) *Fab. cod. de legat. lib. 6. tit. 18. def. 14. num. 1. in alleg.*

(2) *Sed modis omnibus eis hujus legitimae partis, quam nunc deputavimus, et usumfructum insuper, et proprietatem relinquat. Novell. 18. cap. Prohibemus 3.*

§. 1498.

Negant alii, et arbitrantur, in hisce casibus dividendos esse fructus in capita, itaut mater una cum filiis aequalem fructuum partem consequatur (1). Prior sententia juri, et aequitati magis consona videtur; juri quidem a Justiniano inducto, quod modo commemoravimus (§. praeced.); aequitati, quae suadet, ut filii ex paterna substantia consequantur necessaria alimenta; ne alioquin, ut ait idem Imperator, fame perire cogantur (2); neque fructuum haec aequalis divisio inter matrem, et liberos ullum habet in legibus fundamentum: neque jus pro haeredibus constitutum (§. 1452.), ad filios pertinet; tum quia favore filiorum specialis lex lata est (3); tum quia, non quemadmodum filiis, ita extraneis consulere debet testator, ut ex suis bonis habeant, unde se alant: filiis enim parentes alimenta debent ex jure naturali (§. 535. 1.), extraneis autem ex libera voluntate.

(1) *Thes. lib. 1. quaest. 54. num. 2.*

(2) *Si vult filiorum non repente fame morientium, sed vivere valentium vocari pater. D. Novell. 18. cap. 3. in fine.*

(3) *D. Novell. 18. cap. 3.*

§. 1499.

Jam innuimus (§. 1496.), Bulgari consuetudinem, ex qua bonorum omnium ususfructus uxori relictus ad alimenta restringitur, suas habere exceptiones. Generalis autem exceptio ab omnibus admittitur, quoties apparet aliam fuisse mariti testantis voluntatem; seu voluisse, ut, liberis etiam extantibus, mulier plenum, et integrum, seu formalem, ut loquuntur, usumfructum habeat (1). Sed non ita consentiunt in singularibus speciebus, de quibus dubitari potest, seu in conjecturis, ex quibus mens haec testatoris erui possit. Praecipuas explicabimus, quae lucem caeteris afferre possunt.

(1) *Fab. cod. de legat. lib. 6. tit. 18. def. 14. num. 1. in allegat., Thes. lib. 1. quaest. 54. num. 3.*

§. 1500.

In primis ergo inter conjecturas, quibus eruitur testatorem voluisse, ut plenus, et integer ususfructus ad uxorem pertineat, refertur onus matri injunctum a testatore solvendi debita haereditaria, filios educandi, instituendi, eisque necessaria ad victum, et convenientem educationem suppeditandi (1); haec enim onera ferre non potest mulier, quae ex mariti substantia sola consequitur alimenta, ut per se patet; adeoque plenus eidem relictus ususfructus existimatur.

(1) *Fab. d. def. 14. num. 1. in alleg.*

§. 1501.

Altera conjectura desumitur ex legatis, alia testamenti parte, mulieri alimentis (1): cum enim alimenta semel tantummodo praestari debeant, si insuper testator usumfructum bonorum suorum relinquat, aperte constat, voluisse, ut mater, praeter alimenta ad vitae subsidium, caeterorum quoque bonorum usumfructum habeat, ad compendium, et voluptatem, prout fert ususfructus indoles (§. 1272.) Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 54. *num.* 4, *et* 5.

§. 1502.

Tertium argumentum legati integri, et pleni ususfructus, suppeditat remissio mulieri facta a testatore conficiendi inventarii, et reddendarum rationum (1); haec enim liberatio testamento praestita supponit, ea praecisa conficiendum esse inventarium, et reddendas esse rationes; adeoque plenum usumfructum relictum fuisse; alimentarius enim ad neutrum tenetur, adeoque frustra eximeretur ab onere, quod ferre non debet.

(1) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 54. *num.* 6., *et* 7.

§. 1503.

Sed duae modo allatae exceptiones non obtinent, nisi certo constet de legato alimentorum, et legata liberatione ab inventario, et rationibus in eo, quod pertinet ad usumfructum. Hinc, cum species proposita fuisset Senatui de testatore, qui relictis uxori jure legati dotibus, et jocalibus quibuscumque, atque ulterius centum aureis, *ut condecentius vivere posset*, itaut haec omnia consequeretur mulier, quamvis transiret ad ulteriores nuptias: atque insuper usumfructum omnium suorum bonorum legaverat, si tamen caste viveret, et gereret curam filii, cujus tutricem designaverat, ampla ei in hoc casu administrandi facultate tributa, quemadmodum gerere potuisset testator ipse, si viveret, remisso etiam onere conficiendi inventarii, et reddendarum rationum, censuit Senatus, usumfructum uxori relictum ad alimenta restringendum esse (1); quia legatum centum aureorum non simpliciter ad alimenta referri deberet, sed in subsidium alimentorum, seu ad decentiam conditionis; liberatio vero a conficiendo inventario, atque a reddendis rationibus pertineret ad tutelam, non vero ad usumfructum.

(1) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 54. *num.* 5., *et* 6. ✠

§. 1504.

Sed adhuc dubitari potest in specie modo proposita, utrum mulier transiens ad secunda vota praeter legatum centum aureorum, alimenta quoque legata consequatur. Distingui debet in hac quaestione, an mater filio defuncto secundis nuptiis copuletur, an eo adhuc vivente. Si filio adhuc in vivis agente secundas ineat nuptias mater, repellenda est a legato alimentorum; tum quia sub duplici hac conditione relictum fuit legatum, nempe viduitatis, et administrandi res filiorum; tum quia haec esse praesumitur, quemadmodum pluries diximus, testatoris usumfructum mulieri legantis voluntas, ut mater cum filio degat, ejusque bona administret, et commodis prospiciat (§. 1489.)

§. 1505.

Quod si defuncto filio alteri viro jungatur mulier, non tantum proprietatis legatum, sed etiam ususfructus consequi debet (1); tum quia posterius legatum ususfructus contrarium non est priori, sed superadditum, adeoque prius tollere non debet; tum quia mortuo filio impleri amplius nequit conditio praescripta a testatore, ut mater cum filio degat; adeoque pro impleta habetur favore matris, per quam non stat, quominus adimpleatur (§. 1492.)

(1) *Thes d. lib.* 1. *quaest.* 54. *num.* 6. ✠

§. 1506.

Hinc sequi videtur, non tantum usumfructum, sed et legatum quoque deberi mulieri in ea specie, qua maritus, liberis destitutus, uxori prius legavit dotes, donationem propter nuptias, usque ad egregiam quantitatem, una cum jocalibus, et vestibus mulieris u-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33. sui destinatis, ea etiam adjecta lege, ut haec omnia consequi debeat, quamvis convolet ad alias nuptias, deinde usumfructum omnium bonorum suorum eidem reliquit, in eo tamen dumtaxat casu, quo a secundis nuptiis abstineat; mulier autem vidua permanserit, et decesserit. 1. Quia verosimile est, voluisse testatorem, ut mulier caste vivens legatum consequatur, quod adquireret, etiamsi novum sibi quaereret virum; cum haec esse soleat conjugum defunctorum voluntas, ut superstes alterius matrimonii vinculo non copuletur. 2. Quia, cum ait testator, se uxori legare dotes, donationem propter nuptias, jocalia, vestes, *etiamsi* iterum nubat, mulier non obscure innuit, se aeque legare, si mulier vidua permaneat. Quia legatum ususfructus postrema testamenti parte relictum priori contrarium non est, sed superadditum; adeoque prius legatum evertere non debet, ut modo dicebamus (§. praeced.)

§. 1507.

Hisce tamen non obstantibus, refert Thesaurus, placuisse Senatui contrariam sententiam: proinde mulieri, quae vidua permanens omnium bonorum usumfructum consecuta fuerat, non deberi prius legatum dotis, donationis, jocalium, et vestimentorum (1); quia in proposita specie duo sint diversa legata, quorum unum relictum sit in casu viduitatis, alterum in casu matrimonii: quo fiat, ut unicum tantummodo pertinere debeat ad mulierem, videlicet prius, si iterum nubat; posterius autem, si vidua permanet: neque praesumi debeat testator, haeredes quos instituendo demonstravit se enixe diligere, duplici egregiae quantitatis legato onerasse.

(1) *Thes. lib. 2. quaest. 87. num. ult.* ✠

§. 1508.

Non consentiunt interpretes, et pragmatici, utrum plenus ususfructus relictus sit, an debeat ad alimenta coerceri, cum testator uxori legat usumfructum *una cum* liberis. Sunt, qui putant ex his verbis plenum, et integrum usumfructum relictum censeri. 1. Quia cessat ratio consuetudinis a Bulgaro inductae; cum enim partem ususfructus consequantur filii, nullum imminet periculum, ne fame pereant; adeoque cessare debet consuetudo (1). 2. Quia clausula *una cum* significat aequalitatem (2); cum ergo nemo dubitet, quominus in hac specie liberis plenus relictus sit ususfructus dimidiae partis bonorum, consequens est, usumfructum quoque mulieri legatum existimari, non sola alimenta; una enim determinatio, ut loquuntur pragmatici, respiciens plura determinabilia debet ea pariformiter determinare (3).

(1) *Bellon de jure accrescendi cap. 5. obs. 26. num. 152,, Surd. de alimentis tit. 2. quaest. 15.*

(3) *L. ult. in fine cod. de impuber., et aliis subsist.* (6. 26.)

(3) *L. Jam hoc jure 4. ff. de vulg., et pupill. substit.* (28. 6.)

§. 1509.

Aliis placet, ex hujusmodi clausula, per se, et praecise sumpta, non videri mulieri legatum plenum, et formalem usumfructum, nisi assistant aliae voluntatis conjecturae (1); quia clausula haec, ususfructus percipiendi a matre una cum liberis, referri debeat ad alimenta percipienda in domo cum filiis haeredibus, ut ita facilius eorum utilitati prospiciat, bona administrando. Prudens ergo judex singulis pensatis aestimabit, quod testatoris voluntati magis consentaneum videatur.

(1) *Sane filiorum favore omnis capienda est interpretatio, quam verba, et testatoris voluntas patiuntur* (§. 200, *et* 201, *D.*)

§. 1510.

Caeterum, consentiunt omnes, in eo casu, quo mulieri relictus sit ususfructus una cum liberis, neque ad alimenta restringatur, dimidiam tantummodo ususfructus partem matri deberi, aliam vero filiis (1); filiis, inquam, quin intersit, utrum plures sint liberi, an unus tantum; cum enim filii nomine collectivo vocati fuerint ad usumfru-

ctum, una cum matre, unam tantummodo partem omnes simul habere debent, alia ad matrem perventura; quia cum nomine collectivo sint vocati, unius loco habentur (2). Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *Haec enim clausula, ut modo diximus, aequalitatem significat. L. ult. in fine cod. de impuber., et aliis substit.* (6. 26.)

(2) *L. Si quis Attio* 7. *ff. de usufruct. accrescendo* (7. 2.), *l. Interdum* 13., *l. Liber homo* 59. §. *Titius haeres* 2. *ff. de haeredib. instituend.* (28. 5.)

§. 1511.

Sed quid si, matre instituta una cum filio in usufructu omnium bonorum, huic substituerit pater, atque decesserit filius? Mater eo defuncto habebitne integrum usumfructum, an dimidiam tantummodo partem, altera dimidia ad substitutum perventura; vel etiam sola alimenta in iis casibus, in quibus ex Bulgari consuetudine ad haec vivente filio, ejusque favore restrictus fuit ususfructus matri relictus? Si filio nullus datus sit substitutus, supra demonstravimus (§. 1493.), cessare vim consuetudinis a Bulgaro inductae, cum decedunt testatoris filii.

§. 1512.

Quaestio ergo instituitur de ea specie, qua filio datus sit substitutus. In hac autem quaestione distinguere oportet, utrum ex numero liberorum sit ille, quem pater filio substituit, an extraneus quilibet. Si extraneus substitutus proponatur, rursus distinguendum est, an vulgariter, an pupillariter, an per fideicommissum pater filio substituerit.

§. 1513.

Si substitutus filio datus sit, ex eadem testatoris familia, atque ex numero liberorum, certum est, filio instituto decedente, hujus partem ususfructus matri non acquiri (1); cum enim eadem favet aequitatis ratio, et praesumpta testatoris voluntas substituto, ac instituto, idem quoque jus vigere debet (2). Ex numero liberorum dixi, ut significarem, nepotes etiam ex filio hic comprehendi; non secus, ac caeteros descendentes ex filio; quippe filiorum, seu liberorum nomine, nepotes quoque, et caeteri descendentes veniunt, quoties de eorum commodo agitur (3): maxime ubi favet voluntas testatoris, et ordinata charitas.

(1) *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 15. *num.* 3. *in allegat.*

(2) *Argum. l. Illud quaesitum* 32. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.)

(3) *L. Filii* 84., *l. Justa interpretatione* 201., *l. Liberorum* 220. §. *ult. ff. de verb. signif.* (50. 16.) *V.* §. 343., 1093., *et* 1150. *Tom. I.*

§. 1514.

Quod si pater extraneum filio substituerit per vulgarem substitutionem, consentiunt omnes, ait Faber (1), integrum usumfructum deberi matri; quia Bulgari consuetudo inducta est favore filiorum (§. 1489.); adeoque iis quidem prodesse debet, non extraneis; maxime quia non repugnat substitutum deterioris conditionis esse, quam institutum in iis, quae pupillus institutus habet, tamquam filius, non tamquam haeres (2).

(1) *Fab. cod. de legat. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 15. *in princ.*

(2) *L. Paterfamilias* 28. *ff. de reb. auctorit. judic. possid.* (42. 5.)

§. 1515.

Gravior est difficultas, cum extraneus impuberi pupillariter substitutus fuit. Distinguit Faber, utrum legatum ususfructus ita matri relictum fuerit, ut unum sit legatum; an ita potius, ut plura videantur legata. In prima specie existimat, pupilli decedentis portionem substituto pupillari acquiri, non autem matri (1); quia legatum, quod semel ab initio certam formam accepit pupilli favore, eandem perpetuo retinere debeat: neque possit ex persona substituti pupillaris legati conditio immutari (2); cum pupillaris substitutus ex persona pupilli legata solvat, non tamquam a se repetita (3).

Inst. l. 2 tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(3) *Fab. cod. de legat. lib. 6. tit. 18. def. 15. num. 5. in corp.*
(2) *Argum. l. Stipulationum 2. §. Ex his igitur 2. ff. de verbor. oblig.* (45. 1.)
(3) *L. In ratione 11. §. Quod vulgo 5. in fine ff. ad leg. falcid.* (35. 2.)

§. 1516.

Si autem ususfructus matri ita legatus proponatur, ut plura videantur legata: veluti si maritus usumfructum mulieri legaverit, *donec caste vixerit*, aut etiam, *quamdiu vivet*, quibus verbis tot inducuntur legata, quot sunt anni, itaut prioris anni legatum purum existimetur, caetera annorum sequentium conditionalia (1), primo anno, quo filius defunctus est, plenum usumfructum ad matrem pertinere arbitratur (2), ac si eo primum die legatum relictum esset, utpotequia novum sit legatum (3).

(1) *L. Si in singulos 4., juncta l. Cum in annos 11. ff. de annuis legat.* (33. 1.)
(2) *Fab. cod. de legat. d. lib. 6. tit. 18. def. 15. in fine.*
(3) *D. l. 11. ff. de annuis legat.*

§. 1517.

Verum indistincte censet Thesaurus, mortuo filio integrum usumfructum ad matrem, quae una cum filio relicta fuerat usufructuaria omnium bonorum, pertinere, sorore testatoris exclusa, quae fuerat substituta (1); atque nititur hac ratione, quod substitutio pupillaris ipsam quoque filii legitimam comprehendat; utpotequia pater pupillariter substituendo censetur pro filio testari fere ac si impubes ipse conderet testamentum (2): adeoque integer ususfructus in legato continetur, qui divisionem quidem recipit ex persona filii, eo autem defuncto totus in matre consolidari debet (3). Atque sententia haec recipienda videtur, nisi ex testamenti verbis appareat, aliud voluisse testatorem; videlicet dimidiam tantum ususfructus partem ad mulierem pervenire, etiamsi filius decedat. (4).

(1) *Thes. lib. 3. quaest. 22. num. 21.*
(2) *Princ. instit. de pupil. substit.* (2. 16.)
(3) *L. Si mulieri 8. ff. de usufruct. accrescendo* (7. 2.)
(4) *Voluntas enim testatoris praefertur uti dominans omnibus juris regulis, et praesumptionibus. L. In conditionibus 19. ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

§. 1518.

Quod modo diximus de sorore substituta, idem obtinet, si filius quidem pupillariter substitutus fuerit, sed decesserit, atque tum propria substituti, tum ea, quam jure substitutionis ab instituto habuit, haereditas jure legitimae successionis ad alium pervenerit, qui ex numero liberorum non sit; in hac enim specie, nisi alia demonstretur testatoris voluntas (§. praeced.), matri acquiri debet, mortuis instituto, et substituto, integer, et plenus ususfructus; quia cessat liberorum favor, adeoque consuetudo Bulgari vim suam amittit. (1).

(1) *V. Quae diximus supra* §. 1492.

§. 1519.

Quod si filio pater per fideicommissum substituerit, censet Thesaurus, mortuo pupillo, nonnisi dimidium ususfructus ad matrem pertinere (1); quia in hac substitutione filius ex propria persona detrahit legitimam, et trebellianicam; quam ad haeredem transmittit; neque enim in fideicommissi institutione pater pro filio testari fingitur, quemadmodum contingit in substitutione pupillari (§. 1517.).

(1) *Thes. d. lib. 3. quaest. 22. num. 22.*

§. 1520.

Sed redeamus, unde discessimus. Quarta conjectura, ex qua dignosci potest, testatorem sola alimenta non reliquisse, sed verum usumfructum, desumitur ex verbis *integri*, *pleni*, et *liberi* ususfructus, et similibus (1), quibus usus sit testator; cum enim singula verba ita semper interpretanda sint, ut aliquid operentur (§. 195. D.),

nisi multiplicatio verborum eo fine facta appareat, ut evidentius constet de voluntate (196. D.); haec superaddita legato ususfructus verba aperte demonstrant, testatorem pinguius alimentis legatum relinquere voluisse. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33

(1) *Argum. l. Si quando* 109. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1521.

Sed regula haec exceptionem habere potest, si ampla horum verborum significatio ex aliis verbis restringatur: puta si testator dixerit, se legare mulieri usumfructum *integrum*, et *congruentem*; posterior enim vox vim prioris imminuit, itaut ex mente testatoris videantur relicta alimenta mulieri, non tantum secundum necessitatem naturae, sed et secundum decentiam status: atque verborum haec interpretatio eo magis recipienda erit, si aliae quoque faveant ex aliis testatoris dispositionibus desumptae conjecturae: puta si testator non expresserit, se legare usumfructum omnium bonorum; vel si, praeter usumfructum, quaedam bonorum portio, pleno proprietatis jure, relicta proponatur; quia non praesumitur testator, haeredem magis dilectum tot legatis, unius mulieris favore, praegravare voluisse (1).

(1) *Legatarius enim in dubio minus dilectus praesumitur, quam haeres.* §. 177. *D.*

§. 1522.

Veri quoque, et integri ususfructus mulieri relicti argumentum elici potest ex eo, quod a marito eadem in usufructu omnium bonorum haeres particularis scripta fuerit, una cum filio haerede universali instituto: honorificus enim institutionis titulus pinguius alimentis legatum videtur indicare (1), atque conjectura haec vehementius urgebit, si mater instituta sit in usufructu omnium bonorum, filii autem nonnisi post ejus mortem haeredes scripti sint, prout fieri potest (§. 1299.), dummodo salva sit filiis legitimae proprietas, et ususfructus (§. 1452.).

(1) *Argum. l. Si quando* 109. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1523.

Caeterum, ut ex hactenus pertractatis manifeste colligitur, in hac quaestione certa, et generalis regula statui non potest, quae omnibus, et singulis casibus aeque accommodetur. Sed judex aestimare debet, pensatis singulis testamenti verbis, et potissimum inspecta mente testatoris, utrum sola alimenta contineantur in legato ususfructus: et ita se gerere, ne nimis faveat mulieri in dispendium liberorum; atque simul cavere, ne contra mentem testatoris, rebus suis legem dicentis, mulierem a mariti liberalitate temere summoveat.

§. 1524.

Cum bonorum omnium ususfructus mulieri relictus est, supra diximus (§. 1486.), eam posse dotes suas separatim petere, et usumfructum, dummodo consentiat, ut vendantur bona, ex quibus solvatur dos, si tamen verum, et integrum usumfructum consequatur; neque enim separatio haec indistincte mulieri permittenda est, ut aliquibus placet (1); cum dos non secus, ac caetera debita, inter aes alienum recenseatur (§. 1484.).

(1) *Thes. lib.* 1. *quaest.* 54. *num. ult.*

§. 1525.

Quin immo, cum generalis regula sit, alimenta ex reditibus praestari debere, non vero ex proprietate (§. 551. 1.), mulier usufructuaria omnium bonorum partem suam conferre tenebitur, ut alimenta suppeditentur liberis defuncti mariti (1); ne alioquin contra testatoris mentem cogatur haeres bona vendere, ex quibus eos alat.

(1) *Surd. de aliment. tit.* 2. *quest.* 15. *num.* 228.

§. 1526.

Sane nemo dubitat, quominus mulier relicta usufructuaria, si in domo mariti commoretur, et dotes relinquat, nec hasce conditiones impleat, repellenda sit, si usum-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

fructum petat; legatum enim conditionale non praestat haeres, nisi legatarius praescriptas exequatur conditiones (1). Exceptio est, cum ex mulieris culpa non fit quominus in domo viri maneat, ut supra explicavimus (§. 1292.)

(1) *Quod legatur* 38. *ff. de judiciis* (5. 1.), §. *Longe magis* 31. *instit. de legat.* (2. 20.)

SECTIO IV.

De juribus usufructuarii.

SUMMARIUM.

Quaedam sunt jura usufructuariis omnibus competentia, quaedam specialia pro diversa rerum qualitate. §. 1527.

§. 1527.

Duplex clarioris doctrinae caussa secerni potest jurium species, quae usufructuario competunt: quaedam generalia sunt, et cuilibet usufructuario tribuuntur; quippequae ex ipsa ususfructus indole descendunt: alia vero profluunt ex diversa rerum qualitate, quarum fructus percipiuntur. Seorsim de utraque jurium specie agemus, ut facilius singula percipiantur.

ARTICULUS I.

De juribus usufructuarii in genere.

SUMMARIA

Generalia usufructuarii jura ad duo capita revocantur: videlicet ad jus percipiendi fructus; atque ad actiones, et remedia, quibus usumfructum tuetur. §. 1528.

Pertinent ad usufructuarium fructus omnes naturales, industriales, et civiles, dummodo vel ab ipso, vel ab alio ipsius nomine percepti sint. §. 1529.

Fructus, qui sponte decidunt, proprietario acquiruntur, non usufructuario: nisi eos ceperit. §. 1530.

Usufructuarius vindicare nequit fructus ab alio perceptos, habet tamen furti actionem. Foetus animalium usufructuario statim acquiruntur. §. 1531.

Fructus maturi, quamvis non adhuc separati a solo, cum ususfructus incipit, pertinent ad usufructuarium. Quid si haeres perperam differat haereditatis aditionem? §. 1532.

Usufructuarius fructus perceptos suos facit quamvis immaturos collegerit, si ita ferat fructuum qualitas, et consuetudo diligentis patrisfamilias. §. 1533.

Si usufructuarius immaturos fructus perperam colligat, tenetur proprietario fructuum aestimationem praestare; si ususfructus desinat, priusquam fructus maturi facti fuissent. §. 1534.

Pensiones rerum, quae singulis momentis utilitatem afferunt, usufructuario debentur, habita proportione temporis, quo perduravit ususfructus postremi anni. §. 1535.

Non autem debentur pensiones rerum, quae certis duntaxat temporibus emolumentum ferunt: nisi usufructuarius decesserit, postquam fructus percepti sint. §. 1536.

Pensiones fructuum vicem tenent; adeoque eorum conditionem sequi debent. §. 1537., *et* 1538.

Fructus bonorum dotalium, soluto matrimonio, viro debentur pro rata temporis parte, quo constitit matrimonium. §. 1539.

Mulctae, emolumenta feudorum, laudimia pertinent ad usufructuarium. §. 1540.

Usufructuarius emptorem investire non potest, ne ex consensu quidem proprietarii: potest haeres fiduciarius. §. 1541.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Utrum obventiones bonorum talliabilium cedant lucro usufructuarii, an proprietarii. §. 1542.

Debentur usufructuario fructus obventionum hujusce generi. §. 1543.

Usufructuarius non potest talliabiles manumittere: melior est conditio haeredis fiduciarii. §. 1544.

In mulctis, emolumentis feudorum, vel emphyteusis non inspicitur tempus, quo crimen patratum fuit, vel accusatio instituta est, nec quo feudum vacat, aut venduntur bona emphyteutica. §. 1545.

Cum crimen patratur, feudum, vel officia vacant, distrahuntur bona emphyteutica, maturi quidem fructus dici possunt, non autem percepti. §. 1546.

Ergo usufructuario non acquiruntur, nisi secuta condemnatione in delictis, renovata investitura in feudis, confirmata alienatione bonorum emphyteuticorum, collatis officiis, quae a praedio fructuario pendent. §. 1547.

Competunt quoque usufructuario praeter fructus ea, sine quibus nullatenus, aut vix fructus percipere posset. §. 1548.

Haeres tenetur redimere iter ad praedium, atque usufructuario praestare. §. 1549.

Ex fundi fructuarii necessitate definitur, utrum via, actus, vel iter praestari debeat. §. 1550.

Usufructuarius indistincte utitur servitutibus fundo fructuario debitis. §. 1551.

Instrumenta quoque, fundi caussa comparata, ad usum fructuarii pertinent. §. 1552.

Proprietarius tenetur fructuarium mittere in possessionem fundi. An possit usufructuarius eam ingredi propria auctoritate? §. 1553.

Potest usufructuarius facultatem percipiendi fructus in alium transferre, titulo gratuito, vel oneroso. §. 1554.

Si usufructuarius fundum locaverit ad certum tempus, eo autem nondum transacto decesserit, conductor repetere nequit sumptus in praedium fartos. §. 1555.

Proprietarius, soluta per mortem fructuarii locatione, colonum expellere nequit ante diem, quo ex regionis consuetudine solvuntur hujusmodi contractus. §. 1556.

Usufructuario licet fundum pignori dare; atque potest judex fructus creditoribus adjudicare: nisi pro debitis praeteritis aliud caverit testator. §. 1557.

An usufructuarius possit credita, sortem, et usuras proprio nomine exigere? §. 1558., *et* 1559.

Potest quis fundum possidere, quin tamen ejusdem fructus percipiat. §. 1560.

Usufructuario competunt interdicta ad retinendam, recuperandam, vel aquirendam possessionem. §. 1561.

Ad jus ususfructus comparandum, vel retinendum habet usufructuarius actionem confessoriam contra quemcumque impediat uti frui, si tamen ususfructus legitime constitutus sit. §. 1562.

Confessoriae actionis remedio potest usufructuarius jus suum tueri adversus omnes, qui deteriorem ususfructus conditionem facere velint. §. 1563.

Ex sententia Ulpiani, et strictis Romani juris principiis proprietarius, ne fructuario quidem consentiente, potest servitutem fundi imponere. §. 1564.

Proprietarius fundi dominus est, quum potest alienare. §. 1565.

Ulpiani sententia in foro apud plerasque gentes recepta non est. §. 1566.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Co. l. 3. tit. 33.

Referuntur fragmenta ex responsis jureconsultorum, quorum aliqua adstruere videntur, usufructuarium posse servitutes vindicare, et novum opus nunciare: alia aliud innuunt. §. 1567. et 1568.

Nihil interest usufructuarii, utrum proprio, an proprietarii nomine servitutem fundo debitam petat; vel novum opus nunciet. §. 1569.

Potest usufructuarius ab haerede petere, ut sibi commodet instrumenta, quibus jus suum obtineat, vel tueatur: ita tamen, ut ea proprietario restituat. §. 1570.

§. 1528.

Generalia cujusque usufructuarii jura ad duo capita revocari possunt: videlicet. 1. Ad jus ipsum percipiendi fructus, atque emolumenta acquirendi ex re, cujus usumfructum habet. 2. Ad actiones, et remedia, quorum ope usumfructum sibi debitum consequatur, vel acquisitum retineat, et tueatur.

§. 1529.

In primis igitur ad usufructuarium pertinent fructus omnes, cujuscumque sint generis, sive naturales, sive industriales, sive civiles: atque, ut verbo dicam, emolumentum omne, quod ex re percipi potest (1). Sed fructus suos non facit, nisi ipse eos perceperit, vel alter ejus nomine. Quare si decedat, fructibus quidem maturis, non autem a solo separatis, eos ad haeredes non transmittit, sed proprietario cedunt (2). Atque in hoc differt a possessore bonae fidei; cum enim hic jure soli fructus lucretur proprio nomine, et tamquam dominus, ad ipsum pertinent, statimac a solo separati sunt.

(1) *L. Usufructu. 7., princip. et §. 1., l. Item 9., l. Arbores 59. §. 1., et 2. ff. hoc tit.*

(2) §. *Is vero 36. instit. de rer. divis.* (2. 1.), *l. Si fructuarius 13. ff. quib. mod. ususfruct. amittitur* (7. 4.), *l. In singulos 8. ff. de annuis legat.* (33. 1.), *Fab. cod. de Episcop., et Cleric. lib. 1. tit. 3. def. 37.*

§. 1530.

Cum ergo fructus non acquirantur usufructuario, nisi ipse, vel alter ejus nomine eos perceperit (§. praeced.), consequens est, eos, qui sponte ab arbore decidunt, vel vi tempestatis dejiciuntur, ad proprietarium, non vero ad usufructuarium pertinere: nisi tamen eorum possessionem nactus sit usufructuarius (§. 733.)

§. 1531.

Idem jus est de fructibus, qui ab alio colliguntur; leges enim proprietario vindicationem tribuunt, non fructuario (d. §. 733.). Sed quia plurimum interest fructuarii, ne subripiantur, vel subrepti retineantur, idcirco furti actionem habet usufructuarius (1). Hujus autem constituti juris ratio ex eo repeti debet, quod usufructuarius, non suo, sed proprietarii nomine, et jure fructus consequi existimatur: quare naturaliter tantum videtur possidere, vera interim, et civili possessione apud proprietarium remanente (2). Sed regulae istae exceptionem admittunt in foetibus animalium; cum enim natura ipsa videatur a solo, ita dicam, fructus dividere, quin necessaria sit hominis opera, placuit eos statim usufructuario acquiri (3).

(1) *L. Arboribus 12. §. Julianus 5. ff. hoc tit.*

(2) *L. Naturaliter 12. ff. de acquir., vel amitt. possess.* (41. 2.)

(3) *L. in pecudum. 28. ff. de usuris* (22. 1.)

§. 1532.

Quemadmodum usufructuarius fructus ad suos haeredes non trasfert, si decedat, illis quidem maturis, non autem perceptis, ita vicissim, ut servetur aequalitas, ad usufructuarium pertinent fructus maturi, et adhuc pendentes, cum ususfructus dies incipit (1). Quod si haeres perperam moras nectat in adeunda haereditate, maturi fructus usufructuario tribuendi erunt, non autem proprietario (2); neque enim patitur aequitas, ut deterior fiat usufructuarii conditio ex affectata haeredis dilatione (3). An vero restitui

debeant usufructuario, vel testatoris haeredibus impensae in praedium collatae pro ejus cultura, et cura supra expendimus (§. 737, et seqq.) Inst. l. 2. tit. 4 ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *L. Si pendentes* 27. *ff. hoc tit. V.* §. 736.

(2) *L. Si ususfructus.* 35. *ff. hoc tit.*

(3) *L. non debet.* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1533.

Fructus ergo ad usufructuarium pertinent, si ipse eos perceperit, vel per se, vel per alterum (§. 1529.). Percipere autem potest fructus, quamvis adhuc maturi non sint, dummodo immaturi colligi soleant a diligenti patrefamilias: quemadmodum contingere potest in silva caedua, olea, et foeno (1): non enim hic inspicitur naturalis fructuum maturitas, sed sufficit, ut ad eam pervenerit, in qua magis interest percipi (2).

(1) *Sylvam caeduam, etiamsi intempestive caesa sit, in fructu esse constat: sicut olea immatura lecta, item foenum immaturum caesum in fructu est. L. Si absente* 48. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est; neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono, dominove eum fructum tollere expedit. Itaque, cum olea immatura plus habeat reditus, quam si matura legatur, non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse. L. In fructu* 42. *ff. de usu, et usufruct. legato.* (33. 2.)

§. 1534.

Quod si usufructuarius ita immaturos fructus colligat, ut vix emolumentum afferre possint; vel eo tempore, quo adhuc colligi non solent a diligente patrefamilias, damnum proprietario illatum resarcire tenebitur (1). Si ergo decedat usufructuarius, priusquam fructus maturi facti fuissent, haeres aestimationem proprietario solvet.

(1) *L. Si servus* 27. §. *Si olivam* 25. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 1535.

Quod spectat ad fructus civiles, seu pensiones, quae percipiuntur ex rei locatione, distinguendum est, an res tales sint, ut singulis diebus, imo et momentis utilitatem afferant; veluti domus, jumenta, nummi mutuo dati: utrum certis tantummodo temporibus fructus ferant, quemadmodum agri. Pensiones ex rebus perceptae, quae singulis diebus, et momentis emolumentum praestant, usufructuario acquiruntur, proportione habita temporis, quo constitit ususfructus postremi anni (1).

(1) *L. Si operas* 26. *ff. hoc tit.*

§. 1536.

Quae autem pensiones percipiuntur ex rerum locatione, veluti agrorum, qui nonnisi quibusdam anni tempestatibus lucrum afferunt, usufructuario non debentur, nisi finem acceperit ususfructus, postquam percepti fuerint agri fructus: quo tamen casu pensio debetur fructuario, seu ejus haeredi, etiamsi prius decesserit, quam ex regionis consuetudine, vel speciali coventione praefinitus dies solutionis venerit (1).

(1) *L. Defuncta* 58. *ff. hoc tit.*

§. 1537.

Diversi hujus juris ratio ex ipsa rerum indole petenda est; videlicet pensiones vices tenent fructuum civilium (1), vel naturalium (2), pro quibus solvuntur. Fructuum ergo pensiones eadem lege proprietario, vel usufructuario acquiri debent, qua fructus ipsi ad alterutrum pertinent. Cum ergo usufructuarius aedibus, jumentis, et pecunia usus fuisset ad diem usque, quo desiit ususfructus, nisi locatae fuissent domus, nec nummi mutuo dati, ita pensiones habere debet pro eadem rata temporis parte (1).

(1) *Usurae vicem fructuum obtinent. L. Usurae* 34. *ff. de usuris* (22. 1.)

(2) *Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. L. Praediorum* 36. *ff. eod. tit.*

(3) *D. l. Si operas* 26. *ff. hoc tit.*

§. 1538.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Si autem de pensionibus agatur, percipiendis ex re, quae certis dumtaxat temporibus fructus fert, quemadmodum hujus generis fructus non cedunt usufructuario, praeterquam si iis maturis, et collectis defunctus sit, eos autem semel collectos ad suos haeredes transmittit, ita pensiones consequi non debet, nisi fato fungatur maturis fructibus; quae tamen haeredi tribuendae sunt, quamvis adhuc solutae non fuerint, utpotequia vicem fructuum obtinent, quos usufructuarius in haeredem transtulisset (1).

(1) *D. l. Defuncta* 58. *ff. hoc tit.*

§. 1539.

Equidem fructus omnes bonorum dotalium, soluto quacumque ratione matrimonio, indistincte tribuuntur inter mulierem, ejusve haeredes, atque maritum pro rata temporis, quo constitit matrimonium; quin intersit, an percepti, et maturi essent, cum dissociatae sunt nuptiae, utrum adhuc pendentes, et immaturi (1). Verum longe diversa est mariti conditio ab usufructuario; bonorum enim dotalium fructus marito competunt, ut ex illis gravissima matrimonii onera ferat (2): lucrari ergo eos debet, proportione habita onerum, quae tulit, seu temporis, quo constitit matrimonium: usufructuarius autem fructus sine ullo onere percipit; adeoque aequitas suasit, ut fructus suos tantummodo faciat, si iis maturis, et collectis decedat.

(1) *L. Fructus* 7. §. 1. *ff. soluto matriomnio* (24. 3.)

(2) *L. Dotis fructum* 7. *ff. de jure dotium* (23. 3.)

§. 1540.

Quaestio institui potest de mulctis pecuniariis, emolumentis, quae percipiuntur ex renovatione investiturarum, collatione munerum, seu officiorum, quae pendeant a feudo, cujus ususfructus ad aliquem pertineat: tum laudimiis, quae solvi consueverunt, cum bona emphyteutica distrahuntur. Atque plerique consentiunt, hujusce generis emolumenta ad usufructuarium pertinere, et quidem pleno jure, sine restitutionis onere: quippequae fructuum loco sunt: potissimum laudimia (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit* 23. *def.* 6.

§. 1541.

Non tamen hinc colligi potest, usufructuario jus competere laudandi, ut loquuntur, seu investiendi emptorem, quamvis proprietarius sponte consentiat (1); hoc enim jus alteri competere nequit, praeterquam domino, fructuarius autem domino non aequiparatur (2). Atque in hac re, subjicit Faber (3), melior est conditio illius, qui rogatus sit de restituenda haereditate; cum enim haeres fiduciarius interim vere haeres, et dominus sit (4), consequenter gaudere debet jure investiendi (5).

(1) *Fab. d. def.* 6. *in fine cod. hoc tit.*

(2) *L. Si quis mihi* 25., *l. Aditio* 45. §. *Praeterea* 3. *ff. de acquir., vel omit. haeredit.* (29. 2.), *l. Falsus creditor* 43. §. *ult. ff. de furtis* (47. 2.)

(3) *Fab. d. def.* 6. *cod. hoc tit.*

(4) §. *Restituta* 3. *instit. de fideicomm. haereditatib.* (2. 23.), *juncto* §. *ult. instit. de haeredum qualit., et differ.* (2. 19.)

(5) *Argum. l. Facta* 63. *ff. ad Sen. Consult. Trebel.* (36. 1.)

§. 1542.

De obventionibus bonorum talliabilium, ut aiunt, disputatur, utrum fructuarii, an proprietarii lucro cedant. Proprietarii favore saepius a Senatu judicatum refert Faber (1); tum quia haec emolumenta in fructu esse nequeant, utpotequae non renascuntur (2); tum quia proprietas ipsa imminueretur, si haec emolumenta acquirerentur, quod tamen repugnat ususfructus conditioni (3). Quamquam distinguendum putat laudatus auctor, an emolumentum hoc reale sit, an personale; seu utrum ex ipsius fundi qualitate dimanet, an ex defuncti persona, et conditione: itaut reales obventiones ad proprieta-

rium utique pertineant, non vero personales, ex quibus nulla proprietatis deminutio contingit (4). Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. t.t. 33.

(1) *Fab. cod hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 4. *in princ.*
(2) *L. Fructus* 7. §. *Si vir* 13. *ff. solut. matrim.* (24. 3.)
(3) *L.* 1. *ff. hoc tit.*
(4) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 4. *num* 2., *et seqq. in corp.*

§. 1543.

Caeterum nemo dubitat, quominus fructus obventionum hujusce generis usufructuario debeantur (1); itaut, invito etiam proprietario, non quidem vindicatione agere possit, quae dominum omnino requirit (2), sed actionem habeat, et interdictum utile ad possessionem adipiscendam, salvo proprietatis jure (3); utpotequia fructuario competunt interdicta, quatenus sua interest, in iis etiam casibus, in quibus eodem interdicto proprietatis agere potest ratione proprietatis (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 5. *Atque simul censet uxorem, cui maritus notarius reliquerit bonorum suorum usumfructum, protocolla quidem non lucrari, quia semel extracta non renascuntur, emolumenti tamen, quod ex protocollis redigitur, usumfructum consequi debere. Ibid alleg.* 1.
(2) *L. Doce* 9., *l. Nullo* 24., *l. ult. cod. de rei vindicat.* (3. 32.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 5.
(4) *L. Quamquam* 12., *et l. sequ.*, *l. Competit.* 16. §. 1. *ff. quod vi, aut clam.* (43. 24.)

§. 1544.

Talliabiles manumittere fructuario non licet (1): manumissio enim nonnisi a domino fieri potest (2), usufructuarius autem, ut modo diximus, rei dominium habere non reputatur (§. 1541.); atque in hoc melior quoque est haeredis fiduciarii conditio; valent enim ab eo factae manumissiones pendente fideicommissi conditione, etiam damno haeredis fideicommissarii, si postea extiterit conditio (3); quia haeres fiduciarius interim vere dominus est (4): adeoque libertatis favore sustinetur manumissio; quamquam pretium fideicommissario praestari debet, ne ex alterius facto damnum patiatur (5). Quod si fructuarius talliabiles forte manumiserit, electio proprietario competet, an irritam facere velit manumissionem, an agere adversus fructuarium, vel ejus haeredem, in id, quod sua interest, manumissiones factas non esse (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 8.
(2) *L. Stichus* 39. *ff. de manumis. testam.* (40. 4.)
(3) *L. Quidam* 25. §. *Si quis filium* 2. *ff. ad S. C. Trebel.* (36. 1.), *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 8. *in princ.*
(4) *L. Non ideo minus* 66. *ff. de rei vindic.* (6. 1.)
(5) *D. l.* 25. §. 3. *ff. ad S. C. Trebell.*
(6) *Fab. d. def.* 8. *cod. hoc tit.*

§. 1545.

Si autem quaeratur, a quo tempore percepta judicari debeant emolumenta, quae supra diximus (§. 1540.) ad fructuarium pertinere, itaut eo defuncto in suos haeredes transferat, respondemus, mulctarum perceptionem ab eo tempore dimetiendam non esse, quo patratum est crimen, ex quo mulcta solvitur; nec ab eo, quo accusatio instituta fuit: obventiones, quae pendentur ex renovatione investiturarum perceptae non videntur, cum aperitur feudum, vel bona emphyteutica distrahuntur, aut vacant dignitates, atque officia, quae in vim feudi conferuntur; hujus enim generis fructus percipiuntur ex re, quae certis tantum temporibus fructus ferunt, non autem singulis diebus, et momentis.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1546.

Cum ergo crimen patratum est, vel instituta accusatio, feudum apertum, bona emphyteutica distrahuntur, munera vacant, fructus quidem maturi videntur, non vero percepti, sed adhuc pendentes. Si ergo decesserit usufructuarius, priusquam emolumenta haec fuerit consecutus, proprietarii lucro cedere debent, quemadmodum servatur in caeteris fructibus, seu pensionibus fructuum, qui certis dumtaxat temporibus renascuntur (§. 1536.)

§. 1547.

Sed quo demum tempore percepti videbuntur hujus generis fructus, ut ad usumfructuarium, vel ejus haeredem pertinere debeant? Perceptos dicimus, ut acquirantur usufructuario, cum condemnatio in delictis secuta fuerit; renovata feudi investitura; probata, et firmata a vassallo, vel alio fructuario bonorum emphyteuticorum alienatio cum laudimii acceptione; collata sint munera, quae a praedio fructuario dependent: proinde eos ad haeredes transferet usufructuarius, si post haec decedat; vel alia quacunque ratione finem accipiat ususfructus; hisce enim praestitis, non tantum maturi, sed et a solo, ita dixerim separati videntur hujus generis fructus, adeoque percepti, et usufructuario acquisiti (d. §. 1536.)

§. 1548.

Usufructuario quoque praeter fructus debentur ea, sine quibus nullatenus, vel vix usumfructum habere posset; generalis enim regula est, in quacumque concessione tacite tributa intelligi ea, sine quibus fere inutilis ipsa concessio fieret (1). Si ergo testamento legatus sit ususfructus, haeres cogitur per fundum haereditarium iter praestare (2); itaut nec valeat contraria testatoris dipositio, qua caverit, ne haeres usufructuario teneatur viam indulgere, utpotequae ab usufructu separari nequeat (3): nec vires habeat itineris ademptio, postquam ususfructus legatus fuit (4).

(1) *L. Cui jurisdictio 2. ff. de jurisdict.* (2. 1.)

(2) *Ususfructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest: et ideo, si ususfructus legetur, necesse est tamen, ut sequatur eum aditus. L. 1. §. 1. ff. si ususfructus petatur* (7. 6.)

(3) *Usque adeo, ut si quis usumfructum loci leget ita, ne haeres cogatur viam praestare, inutiliter hoc adjectum videatur. D. l. 1. §. 1.*

(4) *Item si usufructu legato iter ademptum sit, inutilis est ademptio; quia semper sequitur usumfructum. D. l. 1. §. 1. in fine.*

§. 1549.

Amplius etiam, fructuarii favore, progressi sunt jureconsulti: atque usufructu fundi legato, ad quem per agrum haereditarium non pateat aditus, ex praesumpta, atque connexa testatoris voluntate responderunt, fructuarium agere posse ex testamento adversus haeredem, ut cum aditu usumfructum praestet (1).

(1) *Sed si ususfructus sit legatus, ad quem aditus non est per haereditarium fundum, ex testamento utique agendo fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur ususfructus. D. l. 1. §. Sed si ususfructus 2. ff. si ususfructus petatur.*

§. 1550.

Si vero haeredem inter, et fructuarium disputetur, utrum via, an actus, vel iter praestandum sit, ex fructuarii praedii necessitate quaestio definiri debet (1). Dixi ex fructuarii fundi necessitate; non enim tenetur haeres amplius praestare usufructuario, quam postulat necessitas colligendorum fructuum, quamvis non sine aliquo incommodo eos percipere possit (2); nam obligatio haec unice innititur tacitae voluntati testatoris, qui usumfructum legando, ea quoque legasse praesumitur, sine quibus inutile fieret ususfructus.

(1) *D. l. 1. §. Utrum autem 3. ff. si ususfructus petatur* (7. 6.)

(2) *Et puto eas solas praestare compellendum, sine quibus omnino uti non potest: sed, si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas. D. l. 1. §. ult. in fine.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1551.

Potiori ratione usufructuario competere debent servitutes omnes, quae in utilitatem fructuarii fundi jam constitutae sunt (1); tum quia ita suadet praesumpta testatoris voluntas; tum quia ita fert ususfructus indoles, in eo posita, ut usufructuario debeantur utilitates omnes, quae percipi posssunt ex re, cujus ususfructus concessus est (§. 1528.); tum demum quia servitutes, fundo debitae, eidem inhaerentes reputantur, quemadmodum caeterae fundi qualitates (2): proinde ab eo separari non debent, nisi expresse testator ita caverit.

(1) *L. Sed si quid* 15. *§. ult. in medio ff. hoc tit.*
(2) *L. Quid sunt aliud* 86. *ff. de verb. signific.*

§. 1552.

An possit usufructuarius fundi instrumentis uti, dissidebant inter se Romani jureconsulti. Quidam ab his prohibendum usufructuarium existimabant, etsi defossa essent. Sed Ulpianus generalem regulam statuit, horum omnium usum ad fructuarium pertinere, nisi contraria demonstretur testatoris voluntas (1): nec immerito; nimis enim grave esset fructuario, si cogeretur instrumenta omnia comparare pro fundo, quo ad tempus tantummodo uti potest; alioquin autem conqueri juste non potest proprietarius, quod permittere teneatur, ut usufructuarius instrumentis fundi caussa comparatis, durante usufructu, utatur.

(1) *L. Sed si quid* 15. *§. Proprietatis* 6. *ff. hoc tit.*

§. 1553.

Praeterea, cum fructus fundi percipi nequeant, nisi fundi possessio habeatur; actio competit usufructuario, qua proprietarium cogat, ut ipsi possessionem fundi tradat (1). Non autem potest usufructuarius propria auctoritate ingredi possessionem fundi, nisi bona vacantia sint (2); vel testator facultatem hanc speciatim concesserit (3), prout tributa existimatur, cum testator prohibuit, ne usufructuarius molestiam patiatur in suo usufructu ab haerede (4); vel cum facultatem tribuit usufructuario bona alienandi pro solvendis debitis ipsius testatoris (5).

(1) *L. Cujuscumque fundi* 60. *§. 1. ff. hoc tit.*
(2) *L. Qui agros* 8. *cod. de omn. agr. desert.* (11. 58.)
(3) *L. Titia* 34. *§. Lucius* 6. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)
(4) *L. Haec si res* 47. *ff. de rei vindic.* (6. 1.)
(5) *Per hanc enim facultatem praestitam collatum videtur jus a testatore in usufructuarium possessionis propria auctoritate apprehendendae; cum sine ea nec alienare, nec aes alienum solvere possit.*

§. 1554.

Cum facultas competat usufructuario fructus per se, vel per alium percipiendi, consequens est eidem permitti, ut facultatem hanc in alterum transferat, venditionis, locationis, mutui, vel etiam donationis titulo (1); generalis enim est juris regula, quod per alium qui facit, suo nomine factum videri (2): facultatem dixi percipiendi fructus, non jus; quippe ex Romani juris principiis usufructuarius potest quidem cedere, et quacumque ratione alienare commodum suum, seu fructus; non autem jus ipsum, seu, ut loquuntur, usumfructum formalem, praeterquam proprietarii favore (3), quod infra opportunius, et fusius expendemus. Sane norunt omnes, facultatem hanc, ab usufructuario concessam, hujus jure extincto, statim quoque ipsam cessare, quamvis longiore tempore tributa fuisset (4); nemo enim in alterum plus juris transferre potest, quam ipse habeat (5).

(1) *L. Arboribus* 12. *§. Usufructuarius* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1559.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Si tamen species proponeretur de testatore, qui usumfructum constituisset; quique alteri, vel ex stipulatione, vel mandati actione obligatus esset, ut fundum venderet, censet Faber, usufructuarium adversus debitorem agere non posse, sed conveniendum esse haeredem ejus, qui usumfructum constituit, ut ad venditionem agat, tum secuta venditione ejusdem rei usumfructum praestet (1), ea motus ratione, quod personales actiones defuncto competentes in solum haeredem transeant, non in quemcumque alium (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 1.

(2) *L. Pro haereditariis* 2. *cod. de haereditariis actionib.* (4. 16.), *l.* 1. *cod. si certum petatur* (4. 2.)

§. 1560.

Quae hactenus exposuimus, pertinent ad jus usufructuarii, quo rei emolumenta consequatur. Quaedam dicenda supersunt de actionibus, quae usufructuario competunt, ut jus suum adipiscatur, vel adeptum servet. Sed in primis secerni debet possessio a jure ususfructus; si enim alter fructus percipiat, impeditur usufructuarii possessio; non tamen omnis, qui possidet, simul percipit fructus, ut suos faciat (1).

(1) *Permisceri caussas possessionis, et ususfructus, non oportet: quemadmodum nec possessio, et proprietas misceri debent; namque impediri possessionem, si alius fruatur; neque alterius fructum computari, si alter possideat. L. penult. ff. de acquir., vel amitt. posses.* (41. 2.)

§. 1561.

Leges igitur usufructuario, ad possessionem ususfructus recuperandam, tribuunt interdictum, quod appellatur *unde vi* (1): ejus autem retinendae caussa comparatum quoque est interdictum *uti possidetis* (2). Quod si possessionem nondum consecutus fuerit, supra diximus, adversus proprietarium agere posse, ut in fundi possessionem mittatur (§. 1553).

(1) *L. Quod est* 3. §. *Pertinet* 15. *ff. de vi, et vi armata* (43. 16.)

(2) *L. ult. ff. uti possidetis* (43. 17.)

§. 1562.

Ad jus ipsum ususfructus comparandum, vel retinendum usufructuario tribuitur actio, quae confessoria a jureconsultis appellatur (1): atque hanc instituere potest adversus omnes, qui fundum possideant, vel impediant, quominus utatur fruatur, atque adversus proprietarium ipsum (2): cujus actionis ope consequitur liberam fruendi facultatem (3); atque simul, ut fructus restituantur, qui forte jam ab alio percepti sint (4). Sed actio haec non competit, nisi legitimo modo constitutus fuerit ususfructus; si enim promissus dumtaxat fuisset, actione quidem personali aget, ut constituatur; non autem confessoria, quae realis est (5).

(1) *L. Uti frui* 5. §. *ult. ff. si ususfruct. petat.* (7. 6.)

(2) *D. l.* 5. §. 1. *ff. si ususfruct. petat.*

(3) *D. l.* 5. §. *ult. in fine.*

(4) *D. l.* 5. §. *In his autem* 3.

(5) *D. l.* 5. §. *ult. in princ. ff. si ususfruct. petat.*

§. 1563.

Praeterea hujus confessoriae actionis vi usufructuarius obtinet, ut securus utatur fruatur; neque deterior, vel ab ipso proprietatis domino, ususfructus conditio fiat (1). Quamvis ergo proprietario concedatur, ut fundo fructuario servitutem acquirat; quia hinc melior fit usufructuarii conditio: non tamen potest remittere servitutes fundo debitas, nec novas imponere (2); nisi forte tales sint, quae usufructuario non noceant, veluti si vicino servitutem concedat proprietarius, qua suas aedes altius tollere nequeat (3).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *L. Usufructu* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. *ff. si ususfruct. petat.* (7. 6.), *l. Si autem* 2. *ff. de novi operis nunciatione* (39. 1.)

(2) *L. Sed si quid.* 15. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Nisi qua deterior* 16. *ff. hoc tit.*

§. 1564.

Utrum proprietarius, consentiente fructuario, possit fundo servitutem imponere, quaestio est, in qua unanimes non sunt juris interpretes. Negant aliqui, et nituntur auctoritate Ulpiani, qui facultatem hanc expresse denegat proprietario (1): atque sententia haec juris Romani principiis consentanea quoque apparet; Romanis enim placuit servitutem fundo imponi non posse, praeterquam ab eo, qui plenum fundi dominium habet (§. 1198., et seqq.). Addunt servitutis impositionem alienationis quamdam speciem habere (§. 462. 2.), quae fieri nequit, nisi a domino: fructuarius autem cum dominus non sit, neque alienare neque alienationem consensu suo firmare potest (2).

(1) *L. Sed si quid* 15. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *Cum quis possit alienare, poterit et consentire alienationi: cui autem donare non conceditur, probandum erit, nec si donationis caussa consenserit, ratam ejus voluntatem habendam. L. Cum quis* 165. *ff. de reg. jur.*

§. 1565.

Affirmant alii, atque congruentius; ipsae enim Romanae leges supponere videntur proprietario licere, fundum vendere, cujus ususfructus ad alium pertinet (1). Ergo ad vim alienationis plenum fundi dominium non requiritur, sed sufficit, ut quis dominus sit proprietatis, si hanc distrahere velit. Equidem ex servitutis impositione damnum inferri potest fructuario; sed hinc tantummodo colligitur, usufructuarii consensum desiderari, quo praestito, conqueri juste nequit fructuarius, quod jus suum imminuatur (2).

(1) *Si cui* 9. *instit de legatis* (2. 20.), *l. Non quocumque* 82. §. *Fundus* 2. *ff. de legatis* 1. (30. 1.)

(2) *L. Nemo videtur* 145. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1566.

Praeterea Paulus fatetur, proprietario jus esse servitutem fundo imponendi, ex qua deterior non fiat usufructuarii conditio, veluti si spondeat proprietarius, se aedes fructuarias altius non elaturum (1). Qua ergo ratione prohiberi potest dominus, ne fructuario consentiente servitutem imponat, quae eidem noceat? Sane conditio servitutis, quae damnum non inferat usufructuario, efficere nequit, ut proprietarius plenum fundi dominium habere videatur. Sed quomodo solvi potest, quod ex Ulpiano objicitur? (2). Tollenda est ab illius responso negativa particula ab iis, qui sententias omnes jureconsultorum inter se cohaerere defendunt: vel etiam responderi potest, Ulpiani sententiam, utpote mera juris subtilitate innixam, a caeteris Romanis prudentibus receptam non fuisse: quemadmodum nec in foro obtinere post plures alios tradit Voet (3), ut supra docuimus (§. 1206.)

(1) *L. Nisi qua deterior* 16. *ff. hoc tit.*

(2) *In d. l. Sed quid* 15. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 1. *num.* 10.

§. 1567.

Disputatur quoque, an usufructuarius possit servitutes fundo debitas vindicare, et novum opus nunciare. Negat Paulus usufructuario jus esse vindicandarum servitutum, atque ei unice tribuit facultatem vindicandi ususfructus, et per hoc vicinum cogendi, ut ipsum patiatur servitutibus uti frui (1); sententia haec aliis Romani juris principiis consentanea est, ex quibus actio confessoria ad vindicandam servitutem soli domino competere traditur (2).

(1) *L.* 1. *ff. si ususfructus petatur* (7. 6.)

(2) *L. De servitutibus* 2. §. 1. *ff. si servitus vindicetur* (8. 5.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1568.

Ulpianus officio judicis contineri ait, ut fructuarius servitutibus fundo debitis utatur fruatur (1): imo alibi apertissime docet ex Juliani sententia, fructuario jus esse vindicandarum servitutum, atque nunciandi novi operis vicino, non autem proprietario (2); a quo tantummodo petere potest usumfructum, et obtinere, ne deterior ejus conditio fiat (3).

(1) *L. Uti frui* 5. §. *ult. ff. si ususf. petatur* (7. 6.)

(2) *Item Juliano placet, et fructuario vindicandarum servitutum jus esse, secundum quod opus novum nunciare poterit vicino, et remissio utilis erit, ipsi autem domino praedii si nunciaverit, remissio inutilis erit. L. unic.* §. *penult. ff. de remissionib.* (43. 25.)

(3) *Neque, sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest, jus ei non esse invito se altius aedificare; sed si hoc facto ususfructus deterior fiat, petere usumfructum debebit. D. l. unic.* §. *penult.*

§. 1569.

Sunt, qui distinguunt, ut modo relata Jureconsultorum fragmenta, quae inter se contraria videntur, ad consensum adducant; atque putant, usufructuarium proprio quidem nomine neque servitutes vindicare, neque opus novum nunciare posse; sed utrumque ipsi licere jure, et nomine proprietarii, quasi videatur fructuarius a domino mandatum habere, ne fructuarii fundi deteriorem effici conditionem sinat, atque distinctio haec ab ipso Ulpiano traditur (1). Sed parum interest fructuarii, cujuscumque nomine servitutes vindicet, vel nunciet novum opus, dummodo jus suum, atque emolumentum omne ex fundo consequatur.

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. de operis novi nunciatione* (39. 1.)

§. 1570.

Ex his, quae hactenus disputavimus, sequi videtur, usufructuario edenda, seu commodanda esse instrumenta, quibus forte indigeat, ut jus suum consequatur, vel tueatur; statim deinde restituturus proprietario, cujus magis interest (1). Sed satis dictum est de juribus cuicumque usufructuario generatim competentibus. Ordo postulat, ut ad jura progrediamur, quae singillatim pertinent, habita ratione bonorum, in quibus ususfructus constituitur.

(1) *L. Instrumenta* 24. *cod. de fideicommissis* (6. 42.)

ARTICULUS II.

De juribus usufructuarii in specie.

SUMMARIA.

Proponuntur quinque rerum species, in quibus speciatim constitui solet ususfructus. §. 1571.

Qui habet usumfructum fundi, omne ejus emolumentum percipit, iter quoque habere debet, et servitutes, quibus indiget fundus, puta aquam. §. 1572.

Usufructuarius fundi potest uti fundi instrumentis. Cur usus instrumentorum fundi fructuario competat, instrumenta autem haec non contineantur in fundo legato? §. 1573.

Usufructuarius potest in fundo aedificium ponere, quod necessarium sit ad custodiendos, et servandos fructus. §. 1574.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Enumerantur specialia quaedam jura, de quibus dubitatur, an, et quomodo ad usufructuarium spectent. §. 1575.

Potest usufructuarius fundi uti lapidicinis, arenae, cretae et metalli fodinis, quae jam a proprietario institutae sint; quamvis constituto usufructu eas proprietarius inveniat. §. 1576.

Potest quoque fructuarius exquirere, et colere fodinas cujuscumque generis, sub quibusdam tamen conditionibus. §. 1577.

An possit usufructuarius arbores dejicere, ut fodinas excolat? An ea, quae e fodinis eruuntur, pleno proprietatis jure ad usufructuarium spectent? §. 1578.

Ulpianus innuere videtur, posse a fructuario dejici vineas, et oliveta, si majus lucrum ex fodinis percipiendum sit. §. 1579.

Non potest usufructuarius hortum voluptuarium in olitorium vertere, quamvis ampliores reditus percipiantur. §. 1580.

Neque licet aedium formam immutare, quamvis major pensio haberi possit: in aedibus potissimum inspicitur domini destinatio. §. 1581.

Quidam putant metallorum, et similium, quae eruuntur e fodinis, dominium ad fructuarium pertinere, si renascantur: usum vero duntaxat, si non renascantur. §. 1582.

Alii, quorum sententia passim probatur, indistincte putant, haec pleno proprietatis jure acquiri usufructuario §. 1583.

Defendi nulla ratione potest, proprium usumfructum esse in metalli fodinis, quae renascantur, improprium in aliis. §. 1584.

Ex Ulpiano marmor in fundo dotali inventum mariti est, non tamen ipsi restitui debent impensae, si marmor non renascatur. §. 1585.

Si Ulpiani sententia stricte accipiatur, marmor, vel lapides, quae non renascantur ad usufructuarium nullatenus pertinere possunt. §. 1586.

Ulpianus in eodem loco docet, fodinas auri, et alterius cujuscumque generis inter fructus computari, adeoque usufructuarii lucro cedere. §. 1587.

Javolenus eandem speciem expendens indistincte ait, ex sententia Labeonis, marmor e fodinis eductum marito acquiri. §. 1588.

Jureconsultus inter lapides, quae renascantur, et caeteros catenus tantum distinguit ut fundus deterior non fiat, cum renascuntur. §. 1589.

Ergo, quaecumque eruuntur e fondinis cujuscumque generis, pleno jure acquirit usufructuarius. §. 1580.

Marmor proprie recenseri non potest in numero fructuum, quemadmodum poma, nuces, frumentum, et similia. §. 1591.

Utrum usufructuario restituendae sint expensae in fodinis excolendis factae, quidam distinguunt, ut restitui debeant, si lapides, et similia renascantur. §. 1592. et 1593.

Ulpianus negat, marito sumptus restitui debere, quamvis fundus dotalis melior effectus sit. §. 1594.

Javolenus contra non tantum necessarios, sed utiles quoque sumptus indistincte restituendos marito tradit. §. 1595.

Sunt, qui Ulpianum explicant de lapidibus, qui renascantur, Javolenum de aliis. Sed diversitas haec non videtur inducere diversum jus. §. 1596., et 1597.

Marito, et usufructuario restituendi sunt sumptus, cum longe ampliores reditus percipiuntur; compensari tamen debent haec melioramenta cum fructibus eorundem. §. 1598.

Levioris emolumenti, ex agro fructuario percipiendi ratio non habetur. §. 1599.

Thesaurus in agro fructuario inventus totus proprietario cedit, si data opera fuerit quaesitus; dimidia vero pars ad fructuarium spectat, si casu inventus fuerit. §. 1600.

Venatio, et piscatio pertinent ad usufructuarium; dummodo fructus fundi ex venatione constet. Quandonam censeatur fructus fundi in venatione consistere? §. 1601.

Usufructuarius prohiberi non potest a proprietario, quominus fundum venationis caussa ingrediatur. §. 1602. Inst. l. 2 tit. 4.

Usufructuarius capere potest animalia, quae sponte in vivarium decidunt, vel ab ipso inclusa sunt; non caetera, quorum foetus tantum habet. §. 1603. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Suadet Javolenus, ut initio ususfructus enumerentur animalia, et finito usufructu idem numerus restituatur. §. 1604.

Usufructuarius animalibus, et piscibus in vivario, vel piscina inclusis, uti debet moderate, tamquam bonus paterfamilias. §. 1605.

Qui habet usumfructum fundi, cui venationis, et piscatiönis jus annexum sit, utroque jure gaudet. §. 1606.

Alluvionis incrementum usufructuarii lucro cedit, non autem insula. §. 1607.

Dissentiunt interpretes, et obscura sunt responsa jureconsultorum in eo, quod pertinet ad jus fructuarii in salicto, arundineto, seminario, et silva. §. 1608.

Explicantur quaedam praeviae juris regulae prae oculis habendae, ut quaestio haec definiatur. §. 1609.

Si legatus sit ususfructus fundi, in quo adsit salictum, arundinetum, seminarium, vel silva, potest fructuarius his uti in ejusdem fundi utilitatem; non autem ea vendere. §. 1610.

Quid si dominus his uti non soleret in eum fundum? §. 1611.

Potest usufructuarius etiam haec vendere, si testator ipse vendere solebat. §. 1612.

Legato usufructu salicti, arundineti, seminarii, et silvae caeduae, potest fructuarius haec vendere, non omnia, sed tamquam bonus paterfamilias. §. 1613.

Quamvis proprietarius, qui usumfructum reliquit, solitus non fuisset vendere. §. 1614.

Ex seminario, cujus legatus sit ususfructus, potest arbores vendere fructuarius, quamvis ita non soleret dominus: sumere autem ad usum fundi, si relictus sit fundi ususfructus, in quo inveniatur seminarium. §. 1615., et 1616.

Usufructuarius non potest caedere arbores grandes, nisi iis ad usum suum, vel praedii indigeat. §. 1617., et 1618.

Parvas arbores, et grandium ramos potest sumere fructuarius fundi ad ejus usum, non vendere: nisi ita soleret proprietarius. §. 1619.

Potest autem vendere parvas arbores, et grandium ramos, quamvis vendere solitus non fuisset dominus, si ususfructus silvae relictus fuerit. §. 1620.

Explicatur responsum Pomponii: ex silva caedua pedamenta, et ramos ex arbore usufructuarium sumpturum. *Quid pedamentorum nomine significetur?* §. 1621., et 1622.

Pomponii responsum vel nihil probat, vel probat arbitrio interpretum. §. 1623.

Arbores, vi ventorum, terraemotus, vel fluminis dejectae, pertinent ad proprietarium nisi usufructuarius potuisset eas caedere. §. 1624.

Potest tamen usufructuarius sumere ramos, qui caedi solent ex arboribus grandibus ad suum, et praedii usum: immo et stipites ad necessarium usum suum, vel aedificii, quod in fundo sit. §. 1625.

Arbores demortuae spectant ad fructuarium. §. 1626.

Arbores vi dejectae non sunt in fructu: sunt autem, quae exarescunt. §. 1627.

Qui habet usumfructum domus, potest ejus instrumentis uti, nisi aliter caverit testator. Quae veniant domus instrumentorum nomine? §. 1628.

Legato usufructu domus continentur, quaecumque partes aedium reputantur, vel propter aedes habentur, vel accessiones domus sunt. §. 1629.

Explicatur responsum Scaevolae, quo videtur contrariam sententiam adstruere. §. 1630.

Usufructuarius domus utitur servitutibus domui debitis; vel quibus indiget domus. §. 1631.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33. *Potest usufructuarius domus eam reficere, et ornare dummodo illius formam non immutet.* §. 1632.

An possit usufructuarius tollere, quod perperam aedibus junxit? §. 1633.

Quidam sentiunt, ad usufructuarium census vitalitii tantum pertinere reditus, qui ex aliis censibus percipiuntur, atque usum ejus, quod excedit. §. 1634.

Rectius existimant alii, reditus omnes hujusce generis censuum usufructuario acquiri. §. 1635.

Usufructuario non nocet, quod ex accidenti fieri possit, ut proprietas domino inutilis sit. §. 1636.

Usufructuarius animalium potest iis uti, quemadmodum solent boni patresfamilias. Quid si pecudum, vel gregis usumfructum habeat? §. 1637.

Qui feudi, vel bonorum omnium, in quibus feudum sit, usumfructum habet, consequitur emolumenta omnia, quae a fundo pendent, et instar fructuum reputantur. §. 1638.

§. 1571.

Cum ratione habita diversarum rerum, in quibus ex voluntate testatoris, vel contrahentium ususfructus constitui potest, diversae quoque, et speciales servari debeant regulae, de his singillatim agendum est: videlicet 1. De usufructu fundi: 2. De usufructu domus: 3. De usufructu reditus: seu census vitalitii: 4. Quaedam dicemus de usufructu animalium: 5. De usufructu feudi.

§. 1572.

Consentiunt omnes, et supra tradimus (§. 1529.), ad usufructuarium fundi pertinere, quidquid in fundo nascitur, atque emolumentum omne, quod ex fundo percipi potest, ita tamen ut eo utatur tamquam bonus paterfamilias (1). Praeterea jure petere fructuarium ea omnia, sine quibus inutilis fieret ususfructus, veluti servitutes itineris per fundum haereditarium praestandas (§. 1548.), si aliquae suppetant (2): vel ab aliis redimendas (§. 1549.), si per haereditarium praedium aditus non pateat (3): prout exigit praedii necessitas (§. 1550.): amplius etiam caeteras utilitates, et servitutes usufructuario praestare tenetur haeres, puta luminum, et aquarum, sine quibus omnino uti non posset (4).

(1) *L. Item si fundi* 9. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. 1., *et* §. *Utrum* 3. *ff. si ususfruct. petat* (7. 6.)

(3) *D. l.* §. 1. *Sed si ususfructus* 2.

(4) *Sed an et alias utilitates, et servitutes ei haeres praestare debeat, puta luminum et aquarum, an vero non? Et puto eas solas praestare compellendum, sine quibus omnino uti non potest; sed, si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas. D. l.* 1. §. *ult. ff. si ususfruct. petat.*

§. 1573.

2. Potest fundi usufructuarius ejusdem instrumenti uti, veluti doliis, et similibus vasis recipiendo vino comparatis (§. 1552.), nisi aliter testator caverit (1). Neque nocet fundi instrumenta legato proprietatis non contineri, nisi specialis eorum mentio a testatore facta fuerit (2); longe siquidem diversa est conditio legatae proprietatis ab usufructu legato. Proprietas semel relicta nunquam revertitur ad priorem dominum; adeoque non praesumitur testator, instrumentis fundi perpetuo haeredem carere velle, nisi ita nominatim statuerit: contra facilius existimatur usum instrumentorum fundi fructuario permisisse: quippequia haec una simul cum fundo ad haeredem, finito usufructu, sunt perventura.

(1) *L. Sed si quid* 15. §. *Proprietatis* 6. *ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. ff. de supellect. legata* (33. 10.)

§. 1574.

Neque etiam denegatur usufructuario facultas aedificii extruendi in fundo, quod tamen necessarium sit ad cogendos, et custodiendos fructus (1); non enim licet usufructuario agri

formam immutare, nisi quatenus immutatio haec necessaria est, ut agri fructus percipere, et servare possit (2).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *L. Si cujus rei* 13. §. *Si tamen* 6. *in fine ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 13. §. *Fructuarius* 4. *in medio.*

§. 1575.

Quae hactenus tradidimus, passim ab omnibus admittuntur, et consonant singula jureconsultorum responsa. Verum plurima alia sunt, de quibus non convenit inter juris doctores; atque dissidere videntur ipsi jureconsulti. Porro in his sequemur, quod acquitati, et ususfructus indoli magis consentaneum videtur, simul insistentes, quoad fieri poterit, Romanorum prudentum responsis. Quaeritur ergo 1. De fodinis lapidum, metallorum, vel alterius cujuscumque rei: 2. De thesauro, qui in fundo fructuario inventus fuerit: 3. De venatione, et piscatione: 4. De alluvionis incremento: videlicet disputatur, utrum haec usufructuarii, an proprietarii lucro cedere debeant: 5. Tandem investigandum est, quae jura competant usufructuario salicti, arundineti, seminarii, et silvae, sive caeduae, vel non caeduae.

§. 1576.

In primis certum est, posse usufructuarium fundi, in quo sint lapidicinae, cretifodinae, vel metalli fodinae, lapides caedere, cretam, vel metalla eximere, dummodo se gerat tamquam bonus paterfamilias, atque his pro arbitrio uti, si a proprietario ipso jam fuerint institutae (1): quin intersit, utrum fodinae inventae fuerint post legatum fundi usumfructum; cum enim totius fundi ususfructus, ait Ulpianus, legatus sit, non partis, omnino debent haec legato contineri (2).

(1) *Sed si lapidicinas habeat, et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas: omnibus his usurum Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias. Quam sententiam puto veram. L. Item si fundi* 9. §. *Sed si lapidicinas* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *Sed si haec metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur ususfructus, non partium: contineantur legato. D. l.* 9. §. *Sed si haec* 3.

§. 1577.

Praeterea Ulpianus fructuario cujuscumque generis fodinas inquirendi, et instituendi facultatem competere existimat (1). Sed quatuor adjicit conditiones, ut fructuarius facultate hac uti possit: videlicet 1. Ne agri partem necessariam occupet (2): 2. Ne agriculturae noceatur, seu culturae caeterarum agri partium (3): 3. Ne agri coelum corrumpatur, quod facile contingere potest ex putidis terrae aspirationibus: 3. Ne fodinae, quas usufructuarius instituere vult, magnum apparatum desiderent opificum et graves impensas, quas proprietarius ferre nequeat (4).

(1) *Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? (ego) puto etiam ipsum instituere posse. L. Si cujus rei* 13. §. *Inde est* 5. *ff. hoc tit.*

(2) *Si non agri partem necessariam huic rei ocupaturus sit. D. l.* 13. §. 5.

(3) *Proinde venas quoque lapidicinarum, et hujusmodi metallorum .... exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agricolturae nocebit. D. l.* 13. §. 5. *prope finem.*

(4) *Si tamen, quae instituit usufructuarius, aut coelum corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum forte, vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur viri boni arbitratu frui. D. l.* 13. §. *Si tamen* 6. *ff. hoc tit.*

§. 1578.

Hinc duae sese offerunt maximi momenti quaestiones, quae non ita facile solvi possunt. Quaeritur 1. An usufructuarius possit arbores etiam frugiferas dejicere, et evellere, ut lapidicinas instituat, et colat: 2. Utrum lapides, et metalla, quae e fodinis educuntur, pleno proprietatis jure ad usufructuarium spectent, an eorum tantummodo usum habeat, seu improprium usumfructum; aestimationem proprietario restituturus.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1579.

In prima quaestione, affirmat Ulpianus, fructuarium, qui velit lapidicinas, vel alterius generis fodinas instituere, arbores dejicere posse, etiamsi maxime frugiferae sint, puta vineae, vel oliveta, si tamen major reditus ex fodinis non perperam expectetur, ea motus ratione, quod fructuario permittendum sit, ut meliorem efficiat fundi conditionem (1).

(1) *Et, si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt: forsitan etiam haec dejicere poterit; siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. D. l. 13. §. Inde est quaesitum 5. ff. hoc tit.*

§. 1580.

Neque sibi contrarius est idem jureconsultus, cum ait, permittendum non esse usufructuario, ut hortum, quem voluptatis caussa paraverat dominus, olitorium faciat quamvis hinc uberiores fructus percipiantur (1); ita enim immutaretur praedii forma contra proprietarii voluntatem, et citra necessitatem, quod saepius diximus, usufructuario non licere (§. 1574.). Sed in specie, quam nunc expendimus, nulla contingit agri immutatio, quae ejus substantiam, et destinationem afficiat; quippequia ad fructus percipiendos, non ad voluptatem, destinatus est a proprietario: adeoque usufructuario denegari non debet facultas haec, quae ipsi domino lucrum praestat (2).

(1) *D. l. 13. §. Fructuarius 4. ff. hoc tit.*

(2) *Fructuarius caussam proprietatis deteriorem facere non debet; meliorem facere potest. D. l. 13. §. 4. in princip.*

§. 1581.

Neque diffitemur, aedium usufructu constituto, earundem formam ab usufructuario servandam esse, nec posse mutari in meliorem, ex qua ampliores reditus expectentur (1): ut enim praeteream, quod ab aliquibus responderi solet, difficilius permitti formae mutationem in aedificiis, ne forte contingat, ut aspectus urbis deformetur; quae tamen ratio parum urget, utpotequae eandem proprietario facultatem denegandam esse adstrueret, responderi congruentius potest, in aedibus non tantummodo utilitatem, sed etiam voluptatem, et singularem domini affectionem inspici, adeoque non magis permitti debet immutatio haec, quam horti voluptuarii in olitorium (§. praeced.): contra in praediis rusticis excolendis unum attenditur emolumentum, atque fructuum ubertas (§. praeced.).

(1) *D. l. 13. §. Sed si aedium 7., et sequ., junct. l. 14. ff. hoc tit.*

§. 1582.

In altera quaestione, utrum lapides, creta, arena, metalla, et caetera hujusmodi, quae e fodinis educuntur, pleno proprietatis jure sine onere restitutionis ad usufructuarium spectent, duae sunt diversae sententiae. Quidam distinguunt, utrum lapides, vel metalla renascantur; an semel caesa imposterum nunquam caedi possint, quia non renascuntur. Priora usufructuarii dominio plene addicunt, quin eorum pretium finito usufructu restituendum sit: posteriorum usum quidem concedunt, itaut ad sui commodum eis uti possit, vendere etiam, et usuras pecuniae ex iis redactae habere: sed finito usufructu tantundem pecuniae domino restituendum existimant, prout fert natura unproprii ususfructus (1); quasi videantur usu ipso consumi lapides, et metalla, quae caesa, vel eruta non renascuntur.

(1) *§. Constituitur 2. instit. hoc tit., l. Si vini 7. ff. de usufr. ear. rer. etc. (7. 5.)*

§. 1583.

Plerique tamen, nec immerito, defendunt, omnia, quae e fodinis eruuntur, cujuscumque generis sint, inter fructus agri recensenda esse, adeoque ad fructuarium ita acquiri, ut nulli restitutionis oneri subjiciatur, postquam finitus fuerit ususfructus, sive renascantur, sive non renascantur. Atque sententia haec non tantum ususfructus, et

rerum indoli magis consentanea est, prout mox demonstrabimus, sed etiam responsis jureconsultorum, quamquam haec, ut verum fateamur, ita obscura, ambigua, et obvoluta sunt, ut vix dignosci, seu melius dicam, divinari possit, quae sit genuina eorum sententia. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l 3. tit. 33

§. 1584.

Atque in primis nullum, vel levissimum argumentum est, quo asseratur, lapidum, et metallorum, quae renascuntur, verum esse, et proprium usumfructum; in caeteris vero, quae non renascuntur, improprium dumtaxat consistere. Proprius ususfructus ab improprio distinguitur, ut omnibus notum est, in eo, quod ille constituatur in rebus omnibus, quae usu non depereunt, nec consumuntur, seu destruuntur; caeterae vero quibus uti non possumus, quin extinguantur, improprium recipiant usumfructum (§. 1275.). Sane indolem non mutant lapides, et metalla, quae e fodinis eruuntur, prout renascuntur, vel non renascuntur, itaut priora usus non destruat, usu posteriora extinguantur; atque ideo priora proprii, posteriora nonnisi improprii ususfructus materia esse possint.

§. 1585.

Nituntur, neque latet, qui ita distinguunt, responso Ulpiani ajentis, marmor in fundo dotali inventum mariti esse, ita tamen ut mulier, ejusve haeredes sumptuum in fodinis instituendis restituendorum onere non praegraventur, quia marmor in fructuum numero recenseri non debeat, nisi renascatur (1). Atque ita ratiocinantur ex sententia Ulpiani marmor in fructu non est, quia non renascitur. Si ergo renascatur, usufructuario plene acquiri debet, quemadmodum acquiruntur reliqui fructus agri; si autem non renascatur, ejus quidem usum habebit fructuarius; quia totius agri ususfructus relictus est, cum marmor hoc tamquam agri pars considerari debeat; sed finito usufructu restituendum est, si adhuc extet, vel solvi debet ejus aestimatio.

(1) *Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, et fundum fructuosiorem fecerit: marmor, quod caesum, neque exportatum, est mariti, et impensa non est ei praestanda: quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur: quales sunt in Gallia, sunt et in Asia. L. Fructus 7. §. Si vir 13. ff. solut. matrim.* (24. 3.)

§. 1586.

Verum interpretatio haec in primis repugnat generalibus juris regulis, quae ab omnibus admittuntur; iis enim traditur, ad usufructuarium ea tantummodo pertinere, quae vere fructus sunt, vel fructuum vicem obtinent, veluti pensiones fundi locati, usurae, quae ex pecunia mutuo data rediguntur (§. 1535.): atque ea, quae fundo ipsi inhaesent, veluti laudimia, collatio officiorum (§. 1540.). Quare Julianus negavit, venationem in fructu esse, nisi fundi fructus ex venatione constet (1), quia venatio proprie nec fructus est, nec fructuum vicem obtinet, nec fundo ipsi adhaerere existimatur. Si ergo Ulpiani responsum accipiatur, prout jacet, nec lapidicinae, nec alterius generis fodinae, nisi renascantur, usufructuario acquiri possunt, nec ususfructus improprii nomine; quippe ex Ulpiano fructus non sunt (2), nec fructuum vices obtinent; ridicule autem diceretur, haec usufructuario acquiri tamquam res, quae a fundo ipso pendeant; pendent enim, sed tamquam fundi partes, non tamquam accessiones.

(1) *Venationem fructus fundi negavit esse; nisi fructus fundi ex venatione constet. L. Venationem 26. ff. de usuris* (22. 1.)

(2) *D. l. 7. §. 13. ff. solut. matrim.*

§. 1587.

Praeterea Ulpianus in eodem loco apertissime tradit, fodinas argenti, auri, arenae, cretae, et cujuscumque alterius rei in fructu esse, seu inter fructus recenseri (1). Ad usufructuarium ergo pertinere debent. Neque, ut opinor, discernere quis contendet fo-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

dinam marmoris a caeteris: eo vel maxime, quod Ulpianus cujuscumque generis fodinas commemorat (2).

(1) *Sed si cretifodinae, argentifodinae, vel auri, vel cujus alterius materiae sint, vel arenae: utique in fructu habebuntur. D. l. 7. §. 14. ff. solut. matrim.* (24. 3.)

(2) *Vel cujus alterius materiae sint . . . . . in fructu habebuntur. D. l. 7. §. 14. in fine.*

§. 1588.

Javolenus quoque, idem plane argumentum expendens, ex Labeonis sententia marmor e fodinis erutum marito tribuit (1). Sane, quamquam non per omnia marito aequiparatur usufructuarius, in eo potissimum, quod pertinet ad tempus acquirendorum fructuum, ut supra demonstravimus (§. 1530.), eadem tamen utriusque conditio est in percipiendis emolumentis fundi, cujus alteruter fructibus potitur, vel propter constitutam ususfructus servitutem, vel propter dotis jus, ad sustinenda matrimonii onera.

(1) *L. ult. ff. de fund. dotal.* (23. 5.)

§. 1589.

Equidem laudatus modo jureconsultus distinguit marmor, quod renascitur, ab eo, quod semel caesum, vel erutum denuo non erumpit (1), non tamen in eo, quod pertinet ad mariti jus; id enim tantummodo tradit, fundi conditionem deteriorem effectam non fuisse ex lapidicinae institutione, si marmor renascatur; cum Labeo indistincte sensisse videretur, per hujusmodi opera fundo detrimentum inferri, sive renascatur lapis, sive non renascatur (2).

(1) *In d. l. ult. ff. de fund. dotal.*

(2) *D. l. ult. ff. de fund. dotal.*

§. 1590.

Quare concludimus, lapidicinas, cretifodinas, argenti, auri, et cujuscumque generis fodinas ad usufructuarium pleno proprietatis jure pervenire, sine onere restitutionis; utpotequia fructus fundi sunt (1); prout non obscure innuit Ulpianus, cum ait, usufructuarium his omnibus uti posse, instar boni patrisfamilias (2); atque omnia haec in legato fundi usufructo contineri; utpotequia testator non partis, sed totius fundi usumfructum reliquit (3): adeoque emolumentum omne, quod ex fundo ipso percipi potest.

(1) *Item si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut boni viri arbitratu, fruatur. L. Item si 9. ff. hoc tit.*

(2) *Sed si lapidicinas habeat, et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias. Quam sententiam puto veram. D. l. 9. §. Sed si 2. ff. hoc tit.*

(3) *Sed si haec metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur ususfructus, non partium; contineantur legato. D. l. 9. §. Sed si haec 3.*

§. 1591.

Quid ergo significat jureconsultus asserens, marmor in fructu non esse, nisi renascatur (1)? Ulpiani sententia alia esse non videtur, nisi marmor, quod non renascitur, proprie, et stricte fructibus non connumerari; quemadmodum poma, nuces, et his similia. Sed inde non sequitur, ad usufructuarium non spectare; nec ita ratiocinatur Ulpianus, qui immo contrarium statim subjicit (2), alioquin nec usus marmoris penes fructuarium esset, quod nemo hactenus affirmavit (§. 1582.)

(1) *D. l. fructus 7. §. Si vir 13. ff. solut. matrim.* (24. 3.)

(2) *D. l. 7. §. Sed si 14. ff. solut. matrim.*

§. 1592.

Succedit altera quaestio, utrum proprietarius finito usufructu restituere teneatur, quod fructuarius in fodinis inquirendis, et instituendis impendit. Distinguunt aliqui etiam in

hac re, utrum renascatur, necne, quod e fodinis educitur; itaut sumptus restituendi sint, cum renascitur lapis, vel metallum; atque hac ratione nituntur, quod usufructuarius novam fructuum speciem detexerit, ex qua majus emolumentum proprietario quaeritur: quod ex parte domini compensationem meretur. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod l. 3. tit. 33

§. 1593.

Quod si nec lapis, nec marmor caesa, vel eruta amplius renascantur, nihil sumptuum nomine solvendum arbitrantur, quamvis forte lapidibus sublatis fructuosior effectus sit fundus; quia, ut ipsi ratiocinantur, fructuarius in hac specie bonum patremfamilias se exhibuit, agrum colendo: impensarum vero compensationem habet in fructibus, quos ampliores, et uberiores ex fundo percepit, atque lapidum, vel metallorum acquisita proprietate.

§. 1594.

Non tantum ratione, sed etiam auctoritate decertant, qui ita sentiunt; siquidem Ulpianus, quaestione proposita de marito, qui lapidicinas marmoreas in fundo invenerit, et fundum fructuosiorem fecerit, nullas omnino impensas restituendas, ait, ratione adjecta, quod marmor in fructu non est, nisi renascatur (1). Ergo, inferunt, qui modo relatam tuentur sententiam, impensae in fodinis instituendis factae restitui deberent marito, si marmor renasceretur.

(1) *Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, et fundum fructuosiorem fecerit: marmor, quod caesum, neque exportatum, est mariti: et impensa non est ei praestanda: quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur; quales sunt in Gallia, sunt et in Asia. D. l. 7. §. Si vir 13. ff. solut. matrim.* (24. 3.)

§. 1595.

Profecto negari non potest, quin aliquod non penitus contemnendum argumentum ex hoc Ulpiani responso erui possit. Verum, praeterquamquod congruentior interpretatio afferri potest (§. 1591.), alia sunt jureconsultorum fragmenta, quae distinctionem modo allatam omnino respuunt; videlicet Javolenus idem omnino argumentum perpendens de marito, qui lapidicinas marmoreas in fundo dotali aperuerat, divortio facto, non tantum necessarias, sed utiles quoque impensas a muliere praestandas, aperte tradit (1).

(1) *D. l. ult. ff. de fund. dotal.* (23. 5.)

§. 1596.

Ut Ulpianum Javoleno concilient, quidam tradunt, Ulpianum (1) de marmore loqui, quod caesum, vel erutum non amplius renascitur, Javolenum autem (2) de eo, quod iterum crescit; atque distinctio haec in posterioribus responsi verbis aliquod praesidium habet; subjicit enim Javolenus, postquam tum necessarios, tum utiles sumptus viro ab uxore restituendos dixit, fundum deteriorem non fieri, si lapis crescere possit (3).

(1) *In d. l. 7. §. 13. ff. solut matrim.* (24. 3.)

(2) *In d. l. ult. ff. de fund. dotal.*

(3) *Ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo: nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit. D. l. ult.*

§. 1597.

Verum discrimen hoc inter diversi generis lapidicinas, quorum aliquae renascantur, sufficere indistincte non videtur, ut diversum jus inducatur; nam restituendarum meliorationum obligatio ex eo repetitur, quod melior effectus est fundus (§. 722.): contingere autem facile potest, ut amplior utilitas proprietario quaeratur ex lapidicinis, quae non renascuntur, si pretiosiores, et uberiores sint, quam ex aliis, quae renascuntur, sed inferioris pretii sunt.

§. 1598.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33. Hinc sequitur, a muliere, ejusve haeredibus restituendas marito esse, atque ex rationis identitate a domino ipsi usufructuario, vel ejusdem haeredibus impensas in fodinis instituendis factas, sive lapis renascatur, sive non renascatur, si longe ampliores reditus ex fundo percipiantur, quam prius ex fructibus lucrari posset dominus (§. 704, et seqq.): usufructuarius enim colere quidem debet fundum ne deterior fiat, non autem, ut meliorem efficiat (1): ita tamen ut admittatur compensatio majoris emolumenti, quod ad usufructuarium pervenit, habita ratione temporis, quo constitit ususfructus, postquam institutae fuerunt fodinae; cum enim utrique, proprietario nimirum, atque usufructuario, commune sit lucrum, impensarum partem uterque ferre debet. Atque de hac specie satis commode explicari potest Javolenus (2).

(1) *L.* 1. §. *Cavere autem* 3. *ff. usufructuar. quemad. caveat* (7. 9.)

(2) *In d. l. ult. ff. de fundo dotali* (23. 5.)

§. 1599.

Dixi, si longe ampliores reditus ex fundo percipiantur post institutas lapidicinas; neque enim levioris emolumenti habetur ratio, sicuti nec levioris damni ab usufructuario illati; alioquin nullus esset controversiarum finis. Atque de his melioramentis intelligi potest Ulpianus, cum negat proprietarium ad eorum restitutionem teneri (1). Caute ergo, et nonnisi singulis pensatis, sumptuum quantitate, qualitate, utilitate, tum etiam tempore, quo usufructuarius lapidicinis institutis potitus est, aestimabit judex, utrum, et quid impensarum nomine refici debeat.

(1) *D. l. Fructus* 7. §. *Si vir* 13. *ff. solut. matrim.* (24. 3.)

§. 1600.

Facilior solutu est quaestio de thesauro, quam supra expendimus: atque tum ratione, tum auctoritate demonstravimus, usufructuarium nihil amplius juris habere in hoc argumento, quam extraneum quemlibet, itaut dimidia thesauri portio ipsi debeatur, si fortuito eum invenerit; totus autem proprietario acquiratur, si data opera fuerit exquisitus (§. 528.); atque idem de marito obtinet, qui in fundo dotali thesaurum invenerit (§. 529.)

§. 1601.

Neque venationis, neque piscationis jus ad usufructuarium pertinere, opportune quoque tradidimus, nisi fructus fundi ex venatione, et piscatione constet (§. 424.). Fructus autem ex venatione constare existimatur, cum in fundo sunt vivaria, et piscinae, in quibus animalia, et pisces custodiantur, ut ea pro arbitrio capiat dominus (1); alioquin enim, Romano jure inspecto, neque ad proprietarium, neque ad usufructuarium spectant volucres, animalia, et pisces; sed primo capienti cedunt (2).

(1) *Argum. l. Possideri* 3. §. *Nerva* 13., *et seq. ff. de acquir., vel amitt. possess.* (41. 2.)

(2) §. *Ferae igitur* 12. *instit. de rer. divis.* (2. 1.) *V. supra* §. 422., *et seqq.*

§. 1602.

Sed, ut haec melius percipiantur, atque innotescat, quod sit usufructuarii jus in venatione, et piscatione, praestat distinguere animalia, quae nullius sunt, ab iis, quae ad proprietarium pertinent. Priora, utpotequae adhuc fruuntur naturali libertate, primi capientis fiunt (1): sed hoc interest discrimen fructuarium inter, et extraneum, quod fructuarius a domino prohiberi nequit, ne fundum venandi, vel piscandi caussa ingrediatur (2): extraneum vero arcere potest dominus a fundo, injuriarum acturus, si prohibitione contempta fundum ingredi praesumpserit (3).

(1) *D.* §. 12. *instit. de rer. divis.*

(2) *L. Usufructuarium* 62. *ff. hoc tit. Quod ait Triphoninus, fructus animalium jure civili, vel gentium pertinere ad usufructuarium, ita intelligi debet, ut foetus animalium, quae propria sunt domini, suos faciat usufructuarius jure civili, caeteros vero*

foetus animalium, quae sponte in fundum ingrediuntur, jure gentium, ut traditur in §. *Ferae* 12. *instit. de rer. divis.* Inst. l. 2 tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(3) *D.* §. 12. *instit. de rer. divis.* (2. 1.), *l. Injuriarum* 13. §. *ult. ff. de injur.* (47. 10.) *V.* §. 424.

§. 1603.

Si autem volucres, animalia, vel pisces in vivario, vel piscina serventur, iterum distingui debet, utrum sponte illuc delapsa sint, an inclusa ab ipso usufructuario, vel forte a domino. Quae sponte deciderunt, vel inclusit ipse fructuarius, nemini dubium est, quominus capiendo sua faciat; haec enim neque civili, neque gentium jure in proprietarii dominium pervenerunt, adeoque capienti usufructuario cedere debent (1): caeterorum vero, quae inclusit proprietarius, foetus quidem usufructuarii sunt, non autem ipsa animalia capere, vel occidere potest, quae fuerunt, coepti ususfructus tempore (2).

(1) *D. l.* 62. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 62. §. 1.

§. 1604.

Cum autem vix, ac ne vix quidem finito usufructu discerni possint animalia, quae ab initio inclusa erant, ab iis, quae postea ex foetibus accesserint, atque nimis grave, et incertum esset, si usufructuario feras non aliter capere liceret, quam quae ex foetibus esse dignoscuntur, suadet idem jureconsultus, ut ferae initio numerentur, atque usufructu finito idem numerus restituatur, qui fuit ab initio (1).

(1) *Commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii, propter discretionem difficilem, jus incertum sit, sufficit, eundem numerum per singula quoque genera ferarum, finito usufructu, domino proprietatis adsignare, qui fuit coepti ususfructus tempore. D. l.* 62. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1605.

Sed neque haec finiendae, vel tollendae controversiae ratio satis apta videtur; etenim numerari quidem forte possunt animalia grandiora, quae alicubi inclusa servantur; sed pisces in stagno, vel piscina inclusos, quo pacto enumerare quis valeat? Dicendum ergo est, usufructuarium animalibus, et piscibus uti quidem posse, sed ad instar boni patrisfamilias, ut eam quantitatem capiat, quae moderato usui consentanea est, habita etiam ratione majoris, vel minoris animalium numeri, non ita tamen ut penitus destruantur vel eorum numerus nimium deminuatur.

§. 1606.

Caeterum fatentur omnes, inspectis hodiernis moribus, quibus regale venationis, et piscationis jus Princeps solet in vassallos transferre (§. 459.), utrumque ad eum pertinere, qui feudi usufructu potiatur, itaut vel per se, vel per alium, cui gratuito, vel oneroso titulo illud concesserit, venationem, et piscationem exercere pro arbitrio possit, quoad animalia, et pisces, quae jure gentium communia essent, prout explicavimus (§. 559., et seqq.)

§. 1607.

Alluvionis incrementum usufructuarii quoque lucro cedere supra demonstravimus (§. 557.), quippe quod ejusdem indolis reputatur, ac ipsum praedium, cui accedit. Sed aliud servatur in insula, quae nascatur prope praedium, cujus ususfructus habetur; haec enim consideratur tamquam fundus separatus ab eo, cui per accessionem acquiritur; adeoque pleno jure ad fundi dominum pertinere debet (1).

(1) *Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit, tractari: et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed, si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usumfructum ad fructuarium non pertinere, Pegasus scribit; licet proprietati accedat; esse enim veluti proprium fundum, cujus ususfructus ad te non pertineat. Quae sententia non est sine ratione. Nam ubi latitat incrementum,*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

et ususfructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. L. Item si fundi 9. §. *Huic vicinus* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1608.

Inquirendum superest, quae sint jura fructuarii in praedio rustico, cum salicti, arundineti, seminarii, vel silvae ususfructus testamento relictus est, vel constitutus actu inter vivos. Atque hic quoque in diversas abeunt sententias pragmatici, et legum interpretes; quia obscura, ambigua, et parum inter se cohaerentia videntur jureconsultorum responsa. Quod verosimilius, atque ususfructus indoli magis consentaneum apparet, id plane sequemur, vestigiis tamen insistentes Romanorum prudentum, quantum fieri potest, ne alioquin temeritatis a quibusdam redarguamur (§. 108. D.)

§. 1609.

Antequam singulares, quae hic instituuntur, quaestiones expendamus, quaedam sunt necessario praenotanda: 1. Inspiciendum est, utrum relictus fuerit ususfructus fundi, in quo adsit salictum, arundinetum, seminarium, vel silva: an ipsius plane salicti, arundineti, seminarii, et silvae: 2. Prae oculis habenda est consuetudo, quae a patrefamilias, qui usumfructum legavit, servari solebat in hisce rebus. Postremo ipsa rerum indoles, et diligentis cujusque patrisfamilias usus perpendi debet.

§. 1610.

Hisce praenotatis, si testator reliquerit usumfructum praedii, in quo sit salictum, arundinetum, seminarium, silva palaris, caedua, vel non caedua, consentiunt interpretes, usufructuarium his omnibus uti posse in ejusdem praedii utilitatem, non autem vendere (1); non enim existimatur testator tam late patentem fructuario facultatem concessisse, ut vendat, in grave haeredis dispendium.

(1) *Nam etsi fundi ususfructus fuerit legatus; et sit ager, unde palo in fundum, cujus ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice, vel arundine: puto fructuariam hactenus uti posse, ne ex eo vendat. D. l. Item si fundi* 9. §. *Instrumenti autem* 7. *ff. hoc tit.*

§. 1611.

Sed requiri non videtur, ut dominus ipse palo, ramis, arundine, vel salice in fundum uti soleret, quamvis conditionem hanc innuat Ulpianus (1); conditio enim haec potius demonstrationis caussa adjecta reputari debet; atque idem jureconsultus modum alibi inspiciendum esse docet, seu rei usum, quem servare solet bonus quisque paterfamilias, non qualitatem utendi, seu specialem consuetudinem ejus, qui usumfructum reliquit (2): praeterquamquod haec videtur esse testatoris voluntas; ne alioquin nullam utilitatem percepturus sit fructuarius ex silva, cujus tamen simul cum fundo, cujus pars, et accessio est, usumfructum habet (3).

(1) *D. l.* 9. §. 7.

(2) *D. l.* 9. §. *ult. in fin. ff. hoc tit.*

(3) *Argum. d. l.* 9. §. *Sed si haec* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1612.

Cum fundi, in quo silva est, legatus fuit ususfructus, denegatur facultas vendendi plantas, ramos, et similia ex praesumpta testatoris voluntate (§. 1610.). Si ergo suppetant contrariae voluntatis indicia, haec quoque vendere poterit fructuarius: puta si testator ipse haec vendere soleret; praesumitur enim usufructuario concessisse, ut eadem ratione fundo utatur, quam ipse servare consueverat, nisi aliud expresse statuerit (1).

(1) *L. Arbores* 59. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1613.

Quod si speciatim legatus proponatur ususfructus salicti, arundineti, seminarii, et silvae, non generatim fundi, in quo haec sint, fatentur omnes, fructuario licere,

non tantum iis uti in fundi utilitatem, sed vendere, et in alium quemcumque transferre (1): ne alioquin inutile fiat legatum (2); non tamen pro arbitrio, sed eam tantummodo quantitatem, quam venderet bonus quisque paterfamilias, prout se gerere debet usufructuarius, ne deterius effectum praedium, usufructu finito, proprietario restituat (3).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33

(1) *Nisi forte salicti ei vel silvae palaris, vel arundineti ususfructus sit legatus: tunc enim, et vendere potest. D. l. 9. §. 7. in med. ff. hoc tit.*

(2) *L. Divus Hadrianus 22. ff. de usu, et habitat.* (7. 8.)

(3) *L.* 1. §. *Cavere* 3. *ff. usufructuar. quemadmod. caveat* (7. 9.), *l.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 1614.

Atque hinc scite tradit idem Ulpianus ex sententia Trebatii, posse usufructuarium arundinem, salicem, palos in hac specie vendere, quamvis vendere non soleret testator; neque enim cogendus est usufructuarius, ut vestigia sequatur testatoris, qui rebus forte suis perperam utebatur; sed ita se gerere potest, quemadmodum solet attentus rerum suarum paterfamilias (1).

(1) *Nam et Trebatius scribit, silvam caeduam, et arundinetum posse fructuarium caedere, sicut paterfamilias caedebat: et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti: ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi. D. l. 9. §. 7. in fine ff. hoc tit.*

§. 1615.

Quae hactenus de silva, salicto, et arundineto explicavimus, eadem quoque servantur, cum de seminarii usu quaestio est. Si ergo relictus sit ususfructus agri, in quo seminarium plantarum inveniatur, poterit fructuarius in ejusdem fundi utilitatem arbores sumere, non autem vendere, nisi ita soleret dominus: vendere autem usufructuario licebit, etiam contra praeteritam domini consuetudinem, si seminarii ipsius specialiter usufructu potiatur; ea tamen lege, ut in locum arborum, quas inde educit, alias serat: ita enim se gerit diligens quisque paterfamilias, atque ita postulat hujusce rei conditio; quae alioquin brevi esset interitura.

§. 1616.

Haec quidem omnia in jure Romano singillatim non traduntur: verum ex iis, quae de silva diximus, non obscure colligi possunt; neque enim ulla ratio est, cur usumfructum seminarii in eo, quod pertinet ad fructuarii jus, secernamus ab usu salicti, arundineti, et silvae palaris, vel caeduae; praeterquamquod ex diversis jureconsultorum responsis simul collatis haberi possunt (1).

(1) *V. d. l. Item si fundi 9. §. Seminarii 6., et seq., d. l. Arbores 59. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 1617.

Non idem, quod de silva caedua, seu palari diximus, jus obtinet in illis, quae arboribus grandioribus constant, quaeque ideo caedi non solent. Atque in primis generalis regula passim ab interpretibus statuitur, usufructuario non permitti, ut hujus generis arbores caedat, sive relictus sit ususfructus fundi, in quo adsit silva, sive etiam ipsius silvae speciatim usufructu potiatur (1); cum enim arbores hae nonnisi longo temporis spatio crescant, praestita facultate usufructuario easdem caedendi, facile contingeret, ut usufructu finito, non silva, sed nudus ager restitueretur, quod ususfructus indoli repugnat (2).

(1) *Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere. L. Si grandes* 11. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Cavere* 3. *ff. usufruct. quemad. cav.* (7. 9.)

§. 1618.

Existimat tamen Brunnemanus (1), nec immerito, succidi posse ab usufructuario materiam, seu lignum ad aedificandum (2), quantum villae necessitas postulat: haec

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33

sane esse merito praesumitur voluntas testatoris, qui usumfructum reliquit fundi, in quo hujus generis silva sit, vel etiam singillatim villae, et silvae, quae ex grandioribus plantis constet. Quinimmo ex aliorum sententia tradit idem auctor, in silvis magnis, in quibus certa quantitas arborum frugiferarum, quae arefiunt, caedi solet a bono patrefamilias, ab usufructuario quoque succidi posse non tantum in praedii utilitatem, sed ad sui ipsius commodum; quod ex more honesti patrisfamilias, et silvae magnitudine definiendum sit (3).

(1) *Brunneman. in Pandect. ad l. 9. ff. hoc tit. num. 9.*

(2) *L. Ligni 55. ff. de legat. 3. (32. 1.)*

(3) *Brunnem. ad d. l. 9. num. 3.*

§. 1619.

Quod si de parvulis arboribus, vel ramis grandiorum quaestio sit, distingui etiam debet, quemadmodum supra diximus (§. 1610.); utrum fundi, in quo hujusmodi silva sit, an speciatim ipsius silvae relictus proponatur ususfructus; itaut in prima specie liceat usufructuario sumere parvas arbores, et grandium ramos, quantum exigit fundi necessitas (1), non autem vendere, nisi vendendi consuetudinem habuisset paterfamilias, qui usumfructum reliquit (2).

(1) *L. Ex silva 10. in fine ff. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l. Arbores 59. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 1620.

Si autem testator silvae ipsius legaverit usumfructum, poterit fructuarius sumere, immo etiam vendere parvas arbores, et grandium ramos, quamvis vendere solitus non esset dominus (1); cum enim grandiores arbores caedere plerumque non permittatur (2), inutile prorsus fieret ususfructus legatum contra testatoris mentem, qui velle praesumitur, ut fructuarius emolumentum aliquod ex legato percipiat.

(1) *Argum. d. l. Item si fundi 9. §. Instrumentis 7. Versic. Nam, et Trebatius ff. hoc tit.*

(2) *D. l. Sed si grandes 11. ff. hoc tit.*

§. 1621.

Ne aliquid praetermisisse videamur ex Romanis legibus, quod negotium facessere, vel lucem afferre possit in hoc argumento, explicandum putamus obscurum Pomponii responsum, cujus diversae ab interpretibus afferri solent interpretationes. Ait jureconsultus, *ex silva caedua pedamenta, et ramos ex arbore usufructuarium sumpturum* (1). Tota difficultas in eo est, ut sciatur, quid per pedamenta significare voluerit Pomponius, et an ejus responsum de ea specie sit, qua ususfructus fundi, in quo adsit silva, legatus fuerit, an de silvae speciatim legato usufructu agat. Pedamentorum nomine quidam intelligunt ipsum arboris stipitem, atque ita Pomponium explicant de legato usufructu silvae caeduae, de quo prius egerat Ulpianus (2); atque nihil aliud docet, quam usufructuarium posse in hac specie arbores caedere, et vendere, prout supra tradidimus (§. 1613.)

(1) *D. l. Ex silva 10. ff. hoc tit.*

(2) *In l. 9. §. ult. ff. hoc tit.*

§. 1622.

Aliis placet, pedamentis significari parvas arbores, quae ad pedes grandium nasci solent, atque sustinendis vitibus, aliisque usibus fundi aptae sunt: quare Pomponius in eorum sententia agit de legato usufructu fundi, in quo sit silva caedua, atque docet usufructuario permitti, ut ex ea non tantum ramos, sed et arbores ipsas opportuno tempore caedat in usum fundi (§. 1610.)

§. 1623.

Quidquid autem sit de diversis hisce interpretationibus, certum est, Pomponii sententiam a caeteris jureconsultis non esse alienam, vel saltem probari non posse alie-

nam, utpotequia responsum ejus mancum est, quod vel nihil adstruit, vel pro cujusque arbitrio probat. Progredimur ergo, ne tempus ultra teramus, ad jus usufructuarii quoad arbores, ventorum, aquae, aut terraemotus vi dejectas, vel quae arefiunt, aut contabescunt. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 9. tit. 1. Cod l. 3. tit. 33.

§. 1624.

Arbores, externa quacumque vi dejectas, ad proprietarium indistincte pertinere, ait Ulpianus, rationem adjiciens, quod alioquin contingere posset, ut omnibus arboribus careret proprietarius, si totus ager casum hunc pateretur (1). Haec tamen generalis sententia iis tantummodo casibus accommodatur, in quibus facultas non competit usufructuario caedendi arbores, atque pro arbitrio iisdem utendi (§. 1618.); neque enim deterioris fieri debet conditionis fructuarius, ut arbores habere nequeat, quia fortuito casu dejectae sint, quas caedere poterat, prius quam dejicerentur (2).

(1) *L. Arboribus* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l. Item si fundi* 9. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1625.

Non tamen denegatur usufructuario omne emolumentum; potest enim ex arboribus vi dejectis auferre, quod ad usum suum, aut villae necessarium est; ita tamen ut materia (1) pro ligno non utatur, si lignum suppetat (2). Cum autem lucro proprietarii cedunt arbores vi dejectae, eas tollere debet, si damnum, vel incommodum usufructuario praestent (3).

(1) *Materiae nomine jam diximus significari, quidquid aptum est ad aedificandum, vel fulciendum; ligni autem quidquid comburendi caussa paratum est. L. ligni* 55. *ff. de legat.* 3. (32. 1.).

(2) *Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis usque ad usum suum, et villae posse usufructuarium ferre, Labeo ait; nec materia eum pro ligno usurum, si habeat, unde utatur ligno. D. l.* 12. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Proculus* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1626.

Diversa servatur juris regula quoad arbores, quae sponte arefiunt, vel contabescunt; istae enim usufructuario acquiruntur: ea tamen conditione, ut in locum demortuarum arborum alias substituat (1); nam usufructuarius, ut apposite docet Justinianus, recte colere, et quasi bonus paterfamilias uti debet (1).

(1) *Agri usufructu legato, in locum demortuarum arborum aliae substituendae sunt, et priores ad fructuarium pertinent. L. Agri* 18. *ff. hoc tit.*

(2) §. *Sed si gregis* 38. *instit. de rer. divis.* (2. 1.)

§. 1627.

Si autem quaeratur, cur hae potius, quam illae ad usufructuarium pertineant, haec afferri potest ratio, quod arbores demortuae in fructu esse videntur, quatenus ex naturali caussa fit, ut intereant, atque ita in fructuum indolem referunt, quos natura ipsa gignit: contra arbores ventorum, aquae, vel terraemotus vi dejectae, utpote fortuitum et insolitum casum passae, fructibus aequiparari nullatenus possunt; adeoque priores usufructuario concedi debent; posteriores fundi domino, ita tamen, ut ex his fructuarius tollat, quod ad usum suum, vel fundi refectionem necessarium est, ex praesumpta testatoris voluntate.

§. 1628.

Ab usufructu fundi, de quo satis diximus, gradum faciamus ad usumfructum aedium, ut perscrutemur, quid in eo contineatur, seu quae specialia jura fructuario competant. Jam animadvertimus (§. 1552.), domus usufructuarium instrumentis aedium caussa paratis uti posse, nisi aliter testator caverit (1). Domus autem instrumentis significantur ea omnia, quae ad tutelam domus pertinent, non quae ad voluptatem;

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

haec enim potius ornamentorum nomine veniunt (2).

(1) *L. Sed si quid* 15. §. *Proprietatis* 6. *ff. hoc tit., Thes. quaest. for. lib.* 1. *quaest.* 84. *num.* 9.

(2) *L. Quaesitum est.* 12. §. *Si domus* 16. *ff. de instruc., et instrum. legat.* (33. 7.). *V.* §. 17. *ad* 26. *inclusive hujus legis, in quibus singula enumerat jureconsultus, inter instrumenta, vel ornamenta aedium debent recenseri.*

§. 1629.

Praeterea legato usufructu domus ea etiam continentur, quae quasi pars aedium sunt, vel propter aedes habentur, veluti puteal, seu id, quo puteus operitur (1), vasa vinaria conficiendo, vel custodiendo fundi vino destinata; torcular, et similia (2): et generatim quaecumque perpetui usus caussa in aedificiis sunt (3). Amplius ususfructus aedium ea quoque complectitur, quae domus accessiones sunt, veluti stabula, horti domui inhaerentes; quippequi in legato ipso proprietatis, cujus tamen, haeredis favore, strictior fieri solet interpretatio (§. 1573.), contineri respondit Papinianus (4) ex verosimili testatoris voluntate (5).

(1) *L. Julianus* 13. §. *ult., et l. sequ. ff. de actionib. empti.* (19. 1.)

(2) *L.* 15. 16. 17. *princ., et* §. 2., *et* 3. *ff. eod. tit., Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 84. *num.* 9.

(3) *L. Fundi nihil* 17. §. *Labeo* 7. *ff. eod. tit. de actionib. empti.*

(4) *L. Praediis* 91. §. *Qui domum* 5. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

(5) *Cap. Accessorium* 42. *extra de reg. jur. in* 6. *decr., l. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1630.

Neque Papiniano adversatur Scaevola, cum speciem expendens de testatore, qui habitationem alteri legaverat, hortum, et coenaculum juxta eandem domum posita legato non contineri, tradit (1); nam jureconsultus aperte supponit, testatorem ea mente fuisse, ne hortus, et coenaculum ad legatarium pervenirent (2): praeterquamquod propositum jureconsulti non est perscrutari, utrum hortus, et coenaculum legata habitatione comprehendantur, sed an legatarius aditum praestare debeat haeredi per domum, cujus habitatio relicta erat.

(1) *L. ult. ff. de servit. praed. urban.* (8. 2.)

(2) *Quod Olympico legatum non est. D. l. ult.*

§. 1631.

3. Ad usufructuarium domus pertinent necessariae servitutes, veluti itineris; itaut haeres iter concedere debeat per fundum haereditarium, vel aditum a vicino redimere, quem usufructuario praestet. Eadem ratio est luminum, quae omnino necessaria sint; seu sine quibus inutilis, vel fere inutilis fieret ususfructus; non autem debentur fructuario servitutes, quibus denegatis, futurum est, ut fructuarius cum aliquo incommodo utatur (1), prout supra generatim demonstravimus (§. 1550.)

(1) *L.* §. 1., 2., *et ult. ff. si ususfruc. petat.* (7. 6.)

§. 1632.

4. Potest usufructuarius reficere domum in iis etiam, quae voluptatis caussa parata sunt (1), atque ea quoque facere, quae ad commodiorem, et magis decoram habitationem prosunt, veluti fenestras aperire, immittere colores, picturas, et marmora (2), dummodo aedium formam non immutet: quare non licet diaetas transformare, conjungere, vel separare, aditus vertere, nec aedes altius tollere, quamvis lumina non obscurentur (3): neque novum tectorium parieti imponere potest fructuarius, etiamsi melior forte domini conditio fiat (4); excolere enim potest, quod invenit, qualitate tamen aedium non immutata (5); sed reficere tectoria non prohibetur, hoc enim ad culturam non pertinet (6). Locare etiam potest domum, quemadmodum faceret bonus quisque paterfamilias (7).

(1) *L. Usufructu 7. §. ult. ff. hoc tit.* Inst. l. 2. tit. 4.

(2) *Sed, si aedium ususfructus legatus sit, Nerva filius, et lumina immittere eum posse, ait: sed et colores, et picturas, et marmora poterit, et sigilla, et si quid ad domus ornatum. L. Si cujus rei 13. §. Sed si aedium 7. ff. hoc tit.* ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(3) *D. l. 13. §. 7. Versic. Sed neque diaetas.*

(4) *L. Usufructuarius 44. ff. hoc tit.*

(5) *D. l. Si cujus rei 13. §. Sed si aedium 7. in med. ff. hoc tit.*

(6) *D. l. Usufructu 7. ff. hoc tit.*

(7) *D. l. 13. §. ult., et l. seq. ff. hoc tit.*

§. 1633.

Si fructuarius aliquid temere inaedificaverit, ait Ulpianus, tollere non poterit, nec refigere, refixa tamen jure vindicabit (1); haec enim accessionis jure ad dominum pertinent (2). Sed indefinita jureconsulti sententia ad eas res coerceri debet, quae tolli nequeunt, quin parieti damnum inferatur: alioquin aequitas non patitur, ut alter cum alterius dispendio locuples fiat (3).

(1) *L. Sed si quid 15. ff. hoc tit.*

(2) §. *Ex diverso 30. instit. de rer. divis.* (2. 1.)

(3) *L. Nam hoc natura 14. ff. de condic. indeb.* (12. 6.)

§. 1634.

Dissentiunt interpretes de usufructu census vitalitii. Quidam sentiunt, eam dumtaxat usurarum quantitatem fructuario acquiri, quae ex aliis perpetuis censibus percipiuntur, qui vitalitii non sunt, atque ejus, quod superest, sortem fieri debere, quae finito usufrucu proprietario restituatur, interim vero sortis hujus usuras habeat fructuarius: atque hac ratione nituntur, quod, usuris omnibus fructuario permissis, facile contingeret, ut inutilis fieret domino proprietas hujusmodi censuum, videlicet in eo casu, quo nondum finito usufructu decederet ille, cui inhaerent.

§. 1635.

Probabilius alii defendunt, integrum reditum annui vitalitii census fructuarii lucro cedere, non secus ac caeterarum rerum, sine ullo restitutionis onere; hujus enim generis census annumerari nequeunt iis rebus, quae usu consumuntur: quinimmo jus eorum percipiendorum speciem quandam sortis habet, quae finito usufructu proprietario restitui debet, ut ea utatur fruatur. Sane reditus, potissimum fundiarios, qui non a persona, sed a re ipsa debentur, inter immobilia recenseri alibi demonstravimus (§. 531, et seqq. 2.)

§. 1636.

Neque objiciatur, praemortuo eo, cui hujusmodi census inhaerent, inutilem fieri domino proprietatem; idem enim contingere potest in usufructu navis, quae naufragio pereat, animalium, quae moriantur, vestimentorum, quae penitus attrita sint; non inde tamen quis colliget, improprium tantummodo usumfructum in his rebus consistere, aut in earum partem dominum vocandum esse; ususfructus enim indoles dumtaxat requirit, ut eo finito res domino restituatur, quin deterior facta sit, vel interierit ex culpa fructuarii (1).

(1) *L. 1. §. Cavere 3. ff. usufructuarius quemadmod. cav.* (7. 9.)

§. 1637.

Praeterimus, quae de servorum usufructu Romani tradiderunt, utpotequia hodiernis moribus servitus exoleverit (§. 479, 1.). Quod pertinet ad animalia, potest fructuarius illis uti, quemadmodum uti solet bonus paterfamilias. Si pecudum usufructu potiatur, sumere potest agnos, et lanam (1), si autem gregis ususfructus relictus sit, in locum demortuorum capitum, vel inutilium alia ex foetu submittere debet (2); ita enim agere solet quisque diligens paterfamilias (3); et vicissim demortua ad fru-

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Cod. l. 3. tit. 33.

ctuarium pertinent, veluti gregis fructus (4), quemadmodum de arboribus demortuis supra tradidimus (§. 1370.)

(1) §. *In pecudum fructu* 37. *instit. de rer. divis.* (2. 1.)

(2) §. *Sed si gregis* 38. *instit. eod. tit.*, *l. Vetus fuit* 68. §. *ult.*, *et l. sequ. ff. hoc tit.*

(3) *D.* §. 38. *instit. de rer. divis.*

(4) *L. Vel inutilium* 69. *ff. hoc tit.*

§. 1638.

Tandem, qui seorsim habet usumfructum feudi, vel bonorum omnium, inter quae feudum sit, consequitur emolumenta omnia, quae feudo inhaerent; adeoque potest conferre ea munera, quae a feudo pendent, itaut perpetuo penes eum sint, qui iisdem fuerit decoratus: eadem plane ratione, qua percepti semel fructus ad proprietarium non revertuntur, nec ullos fructus ex fundo habet, donec altera colligendorum fructuum tempestas eveniat: atque in vim juris patronatus feudo annexi clericum ad beneficium praesentare (1). Laudimia quoque nanciscitur (2), atque ex rationis identitate multas, et bona, quae publicantur (§. 1540.), non autem obventiones bonorum talliabilium, utpotequae non sunt in fructu (§. 1542.)

(1) *Cap. Ex litteris* 7. *extra Decr. Greg. jure patronatus* (3. 38.)

(2) *Fab. cod. de jure emphyt.*, *et feudali lib.* 4. *tit.* 43. *def.* 46.

SECTIO V.

De oneribus usufructuarii.

Instit. lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest. lib. 7. tit. 9. *Usufruct. quemadmodum caveat.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufruct.*, *et habit.*, *et minister. servor.*

SUMMARIA.

Usufructuarius quisque sua onera ferre debet, quemadmodum commoda habet. §. 1639.

Quaedam sunt onera cuilibet usufructuario communia, quedam singularia pro rerum diversitate. §. 1640.

§. 1639.

Cum ita res singulas natura comparaverit, ut nullum sit commodum, quod onus aliquod annexum non habeat, usufructuarius omne quidem rei emolumentum percipit, sed simul quaedam praestare tenetur, non tantum ut salva sit domino ejusdem rei proprietas, prout fert ipsa ususfructus indoles (§. 1272.); sed etiam in utilitatem, seu potius exonus proprietarii, ut penes eundem sint rerum incommoda, quem commoda sequuntur (1).

(1) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1640.

Cum autem, de juribus usufructuarii agentes, duplex eorum genus distinxerimus, quorum aliqua competunt unicuique fructuario, quacumque re utatur fruatur: alia vero speciatim conveniunt, inspecta rei natura, ex qua fructus percipiuntur (§. 1437.), ita et onera sunt, quae usufructuarii omnes ferre debent; alia vero fructuarium sequuntur pro rerum diversitate, in quibus constitutus fuit ususfructus. De his ergo seorsim, perspicuitatis caussa, acturi sumus.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Cod. l. 3. tit. 33.

ARTICULUS I.

De oneribus usufructuarii in genere.

Instit. lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest. lib. 7. tit. 9. *Usufruct. quemadmodum caveat.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufruct., et habit., et minister. servor.*

SUMMARIA.

Exponuntur generalia cujusque usufructuarii onera. §. 1641.

Satisdatio, Romanis legibus in usufructu inducta, complectitur singula usufructuarii onera. Quae de satisdatione sint expendenda? §. 1642.

Usufructuarius cautionem datis fidejussoribus praestare debet. §. 1643.

Neque pignora, neque jurata promissio admittuntur, cum usufructuarius fidejussores invenire potest, quamvis dives sit. §. 1644, *et* 1645.

Quod si fidejussores omni diligentia quaesitos fructuarius non inveniat, pignora sufficere possunt, vel juratoria cautio, prout judici videbitur, singulis pensatis rerum, et personarum adjunctis. §. 1646, *et* 1647.

Duas habet partes usufructuaria cautio, quarum prima saepe committi potest, altera nonnisi finito usufructu. §. 1648, *et* 1649.

Posteriore cautionis parte adstringitur fructuarius, ut restituat rem, qualis fuerit, finiti ususfructus tempore, dummodo ex culpa sua deterior facta non sit. §. 1650.

Praestari debet cautio, quacumque ratione, et quibuscumque in rebus constitutus sit ususfructus. §. 1651.

Quid si usufructuarius fundum ex fideicommisso statim restituere debeat? §. 1652, *et* 1653.

Usufructuarius, qui rem possideat, satisdationem sponte offerre non tenetur, quamvis proprietarius minor aetatis sit. §. 1654, *et* 1655.

Si dominus satisdationem petierit, fructuarius, qui in mora est, non facit fructus suos. §. 1656.

Cum testator usumfructum sub satisdationis lege reliquit, usufructuarius sponte eam praestare debet. §. 1657.

Haeres non tenetur rem fructuario dimittere, nisi satisdet, §. 1658.

Satisdare ex Ulpiano non tenetur usufructuarius, cui post certum tempus legata est proprietas? §. 1659, *et* 1660.

Quid si ususfructus pure, proprietas sub conditione relicta fuerit? §. 1661.

Pater pro bonis adventitiis filii neque cavet, neque rationem reddit. §. 1662.

Mater binuba cavet pro bonis mobilibus, quorum proprietas filiis reservatur, non autem pro immobilibus. §. 1663.

An fiscus satisdare teneatur ususfructus nomine? §. 1664.

Cavere non tenetur donatarius, qui rei donatae usumfructum sibi excepit. §. 1665.

Expenditur, utrum donator hic cavere debeat emptori, cui donatarius proprietatem vendiderit. §. 1666.

Admitti potest in hac specie cautio jurejurando firmata cum hypotheca bonorum. §. 1667, *et* 1668.

Haeres, et contrahentes satisdationem usufructuario remittere possunt. §. 1669.

Legatarius potest remittere cautionem, ab haerede legatorum nomine praestandam. §. 1670.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Co. l. 3. tit. 33.

Unusquisque potest juribus pro se introductis renunciare. §. 1671.

In hac re favet argumentum a minori ad majus. §. 1672.

Testator usufructuarium eximere non potest ab onere praestandae satisdationis. §. 1673.

In jure saepe referuntur, brevitatis caussa, prima legis verba, ut caeterae quoque partes significentur. §. 1674.

Maritus, cui ab uxore bonorum omnium ususfructus relictus sit, satisdatione remissa, nomina exigere nequit, nisi eandem praestet. §. 1675.

Cur liceat testatori haeredem liberare ab onere cautionis legatorum nomine, non vero usufructuarium? §. 1676.

Testator potest quidem pro arbitrio disponere de rebus suis: non tamen efficere, ne publicae leges in suo testamento locum habeant. §. 1677.

An congrua discriminis ratio afferri possit inter satisdationem ab haerede praestandam pro legatis, et hanc, quae ab usufructuario petitur? §. 1678, *et* 1679.

Licet testatori satisdationem hanc indirecte remittere, si jubeat, ut alter ex haeredibus, vel legatariis pro usufructuario caveat. §. 1680.

Hujusmodi cautio regulariter domino praestatur, aliquando etiam collegatario. §. 1681, *et* 1682.

Satisdatio haec prodest quidem successoribus universalibus, non autem singularibus, nisi his speciatim cautum fuerit. §. 1683.

Usufructuarius, qui temere satisdationem hanc praestare detrectat, usufructu privatur. §. 1684.

Jure Romano usufructuarius non cogitur ad inventarium conficiendum: cogitur usu fori. §. 1685.

Non tamen desideratur inventarium solemne; sed sufficit simplex rerum descriptio. §. 1686.

Inventarium hoc sumptibus proprietarii fieri debet: nec nisi eo petente. §. 1687.

§. 1641.

Tria sunt generalia uniuscujusque usufructuarii onera: videlicet quisquis usumfructum rei habet, debet. 1. Ea uti, tamquam bonus paterfamilias. 2. Finito usufructu eandem domino restituere. Atque duo haec ipsa ususfructus indoles exposcit. Sed Romanae leges, ut tutius domino prospicerent, tertium caput adjecerunt, quo usufructuarius satisdare cogitur, se duo priora munera impleturum. Atque his ex usu fori quartum superadditum est, videlicet conficiendi inventarii.

§. 1642.

Cum ergo satisdatio usufructuario injuncta secum trahat, immo complectatur, caetera, jureconsultorum exemplo ad eam referemus, quaecumque pertinent ad priora duo cujusque fructuarii onera: atque expendemus. 1. Quid satisdationis hujus nomine intelligatur. 2. Quae in eam veniant, seu spondere debeat usufructuarius. 3. Quis satisdare debeat ususfructus nomine, quive a satisdatione eximatur. 4. Utrum satisdatio haec a testatore, haerede, vel contrahentibus remitti possit. 5. Cui praestanda sit hujusmodi cautio, et quibus prosit. Tandem quae sit poena usufructuarii, qui satisdationem non offerat; quibus praestitis, quae de inventario scitu necessaria sunt, subjiciemus.

§. 1643.

In primis ergo usufructuarius satisdationem praestare debet, seu cautionem datis fidejussoribus (1), itaut regulariter neque pignora, neque cautio jurejurando firmata sufficiant; perpetuo enim satisdationis nomine leges cautionem datis fidejussoribus significant (2): in quo distinguitur satisdatio a simplici cautione, quae non tantum fidejussores, sed et pignora admittit (3).

(1) *L. Si cujus rei* 13. *ff. de usufruct.* (7. 1.), *l. Huic stipulationi* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Praetoriae 7. ff. de stipulationib. praetor.* (46. 5.)

(3) *L.* 1. §. *Jubet 9. ff. de collat.* (37. 6.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9 Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1644.

Sed hinc statim nascitur quaestio, utrum generalis haec regula, qua ab usufructuario cautio datis fidejussoribus praestanda statuitur, aliquas exceptiones habeat, prout in caeteris fere contingit. Distingui solet, utrum usufructuarius fidejussores inveniat, necne. Si fidejussores ea, qua par est, diligentia conquisitos, praestare possit fructuarius, unanimis est omnium sententia, proprietarium cogi non posse, ut pignora admittat, vel cautionem jurejurando firmatam, quamvis dives sit usufructuarius; leges enim indistincte loquuntur, nec aliquem ab onere satisdationis, seu cautionis praestitis fidejussoribus eximunt (1): adeoque locum habere debet vulgatum juris axioma: distinguendum non esse, ubi non distinguit lex (2).

(1) *D. l. Si cujus rei* 13. *ff. de usufruct.*, *d. l.* 5. §. 1. *ff. hoc tit. l.* 1., *l. Usufructu* 4. *cod. hoc tit.*

(2) *L. De pretio* 8. *ff. de public. in rem action.* (6. 2.)

§. 1645.

Neque usufructuarii divitiae prodesse debent, ut onus hoc a legibus generaliter injunctum refugiat, quamvis adjecta hypotheca bonorum omnium; leges enim tutius prospicere voluerunt proprietario, qui durante usufructu omnibus rei emolumentis caret (1). Quamquam hinc colligi nequit, satisdationem ad proprii ususfructus substantiam pertinere, quemadmodum infra opportuno loco demonstrabimus.

(1) *D. l. Si cujus rei* 13. *ff. de usufructu* (7. 1.)

§. 1646.

Si autem usufructuarius omni diligentia quaesitos fidejussores invenire non potuerit, passim docent pragmatici, cautionem juratoriam, ut ajunt, cum hypotheca bonorum sufficere posse (1); cum enim cautio datis fidejussoribus ususfructus substantiam non afficiat, iniquum esset, atque a testatoris voluntate alienum, collata liberalitate privare usufructuarium, quia legem non adimpleverit, quam implere non potest (2).

(1) *L. Cum non facile* 6. *ff. si cui plusquam per leg. falcid.* (35. 3.), *Osasc. dec.* 153. *num.* 4.

(2) *D. l.* 6. *ff. si cui plusquam per leg. falcid.*

§. 1647.

Non tamen in omni casu juratoria cautio cum hypoteca bonorum recipi debet: puta si usufructuarius suspecta persona sit, et pauper (1). Sed a prudenti judicis arbitrio pendet definire, pensatis singulis personarum, et rerum adjunctis, utrum pignora dare debeat fructuarius, an sufficiat cautio jurejurando firmata; an bona, quorum ususfructus legatus est, locari debeant, itaut pensio usufructuario solvatur; an permitti possit domino, ut fructus ipse percipiat, quos deinde usufructuario praestet, vel eorum aestimationem; ita enim leges decernunt in aliis casibus, in quibus satisdationem praestare non potest, qui tamen generatim tenetur, veluti in legatis, et fideicommissis (2), in rebus, quarum proprietatem liberis servare tenetur binuba mater, et aliis (3).

(1) *Osasc. d. dec.* 153. *num.* 4.

(2) *D. l. Cum non facile* 6. *ff. si cui plusquam per leg. falcid. etc.* (35. 3.)

(3) *L. Hac edictali* 6. §. 1. *in med. cod. de secund. nupt.* (5. 9.), *Auth. Generaliter, post l.* 25. *cod. de Episcop., et Cler.* (1. 3.)

§. 1648.

Satisdatio, ab usufructuario praestanda, prout modo demonstravimus, duas habet partes. In prima spondet fructuarius, se usurum boni viri arbitratu, seu quemadmodum re uteretur bonus quisque paterfamilias: in altera pollicetur, se usufructu finito restituturum, non quidem rem in eodem statu, sed quod ex ea reliquum erit (1).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Cod. l. 3. tit. 33

(1) *Si cujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratu; et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. L. 1. ff. hoc tit.*

§. 1649.

Inter utramque hujusce stipulationis, seu pollicitationis partem hoc discrimen intercedit, quod prior saepe committi potest, videlicet quoties aliter re utetur fructuarius, quam deceat bonum patremfamilias: posteriori vero locus non est, nisi finito usufructu (1): neque enim prius restitui debet res ipsa, quam desierint fructus ad usufructuarium pertinere; interest tamen proprietarii prius agere, quam amissus sit ususfructus, adversus fructuarium, qui re abutatur (2).

(1) *D. l. 1. §. Habet autem 6. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 1. §. Utilius autem 5. ff. hoc tit.*

§. 1650.

Quid in vim prioris facere teneatur usufructuarius, satis generatim patet, atque specialiter colligi potest ex iis, quae mox trademus de oneribus usufructuarii in specie. Altera, ut jam innuimus (§. 1648.), adstringitur fructuarius, ut proprietario reddat finito usufructu rem ipsam, qualis est; contingere enim potest, ut sine culpa fructuarii res deterior facta sit (1). Quod si culpa, vel negligentia fructuario imputari possit, aestimationem praestare compelletur; utpotequi eam servare debeat, tamquam bonus, et diligens paterfamilias (2).

(1) *L. Si ususfructus 9. §. Si vestis 3. ff. hoc tit.*

(2) *L. 1. §. ult., et l. sequ. ff. hoc tit.*

§. 1651.

Ad omnem usumfructum pertinet satisdatio haec (1), sive testamento legatus fuerit (2), sive fideicommisso, sive donatione mortis caussa, vel actu inter vivos constitutus sit (3), sive in re mobili, aut immobili consistat (4), quin intersit, an praedii, an animalium ususfructus relictus proponatur, vel legata habitatio (5): quamvis solus praedii reditus (6), aut solus usus legatus sit (7), aut fructus sine usu (8); itaut haeres possit rem ususfructus nomine traditam vindicare si usufructuarius cautionem praestare recuset (9).

(1) *L. Si cujus rei 13. ff. de usufruct. (7. 1.)*

(2) *L. 1. ff. hoc tit., d. l. ff. 13. de usufruct.*

(3) *D. l. 1. §. Illud sciendum 2. ff. hoc tit.*

(4) *L. 1. §. 1. ff. hoc tit.*

(5) *L. Huic stipulationi 5. §. ult. ff. hoc tit.*

(6) *L. Idem est 6. ff. hoc tit.*

(7) *D. l. 5. §. 1. ff. hoc tit.*

(8) *D. l. 5. §. Ergo 2. ff. hoc tit.*

(9) *L. Etsi ususfructus 7. ff. hoc tit.*

§. 1652.

Sed quid juris in usufructu fideicommissi nomine acquisito, quem legatarius statim restituere debeat? Teneburne adhuc proprietario cavere fiduciarius, an potius hujusmodi obligatio in fideicommissarium recidet? Distinguit Ulpianus: si fiduciarius denuo consequi possit usumfructum, quem fideicommissarius quocumque casu amiserit, fideicommissarius fiduciario cavere tenetur, fiduciarius autem haeredi (1); in hac enim specie fiduciarii interest, ut fideicommissarius boni viri arbitratu utatur, adeoque satisdationem ipsi praestari aequum est (2).

(1) *L. Si ususfructus 9. ff. hoc tit.*

(2) *L. Si tibi 8. ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1653.

Si autem, semel ex testatoris fideicommittentis voluntate restitutus ususfructus ad fiduciarium numquam sit reversurus, soli proprietario fideicommissarius ipse cavere tenebitur (1); quia solius proprietarii interest in hac specie rem conservari: neque fiduciario, qui nullum emolumentum ex legato sibi usufructu percepturus est, cautionis onus injungi debet (2).

(1) *D. l. 9. in fine princ. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l. Si cujus rei 13. ff. de usufruct.* (7. 1.)

§. 1654.

Si quaeratur, utrum usufructuarius satisdationem sponte offerre teneatur, an sufficiat, eam proprietario instante praestare, distinguendum est, utrum rem possideat ipse usufructuarius, an penes dominum sit. Si proponatur usufructuarius in rei possessione constitutus, fatentur omnes, non teneri ad satisdationem, nisi dominus eam petat; et interim facere fructus suos (1); cum enim cautio haec per viam stipulationis praestari debeat (2), spondere non potest usufructuarius, nisi prius interroget proprietatis dominus (3): praeterquamquod de re non agitur, quae ad publicam utilitatem referatur, neque de adimplenda testatoris voluntate; sed de sola haeredis indemnitate, qui idcirco sibi ipse prospicere debet.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 33. *def.* 3., *Ab-Eccles. obs. forens. par.* 1. *obs.* 195. *num.* 8. ✠, *Thes. dec.* 80. *num.* 3. ✠

(2) *L.* 1. §. 4., *et* 6., *l. Huic stipulationi* 5. *ff. hoc tit.*

(3) *L.* 1. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

§. 1655.

An autem sententia haec locum quoque habere debeat in pupillo, seu impubere, qui usufructuarium interpellare nequit ad praestandam cautionem, disputatur. Contra usufructuarium probat, quod mora committi videatur favore minoris, etiam sine interpellatione, quatenus lex ipsa pro minore interpellat (1). Placuit tamen Senatui allatam sententiam ad hunc quoque casum protrahere (2); tum quia satisdatio peti potest ab ipso tutore; tum quia mora commissa dici nequit ab usufructuario; quippequi non sponte, sed altero tantum interrogante, satisdationem ususfructus nomine praestare tenetur (§. praeced.)

(1) *L. In minorum* 3. *cod. in quib. caus. in integ. restit. neces. non est* (2. 41.)

(2) *Thes. d. dec.* 80. *num.* 3. ✠

§. 1656.

Quod diximus (§. 1654.), usufructuarium, qui sit in possessione, fructus suos facere, quamvis satisdationem non praestiterit, exceptionem habet, cum proprietatis dominus ab usufructuario petiit, ut sibi caveret, distulit autem fructuarius, atque ita in mora constitutus fuit (1); neque enim aequitas patitur, ut deterior sit proprietarii conditio ex fructuarii culpa; cum immo mora cuique sua nocere debeat (2). Quare nonnisi a die praestitae satisdationis fructus suos faciet (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 3. *num.* 3. *in corp.*

(2) *L. Mora* 88. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 9.

§. 1657.

Aliam quoque exceptionem habet ex Fabro tradita modo regula, videlicet in eo casu, quo ususfructus sub conditione satisdandi relictus sit (1); cum enim legatum ususfructus in hac specie conditionale sit, nullum jus legatario acquiritur, nisi conditione adimpleta (2): atque ita sentire videtur Ulpianus, cum ait, fructus post aditam haereditatem perceptos ad legatarium pertinere, si tamen pure legati fuerint (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 3. *num.* 4. *in alleg.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Cod. l. 3. tit. 33.

(2) §. *Longe magis* 31. *in fine instit. de legat.* (2. 20.)

(3) *Fructus ex fundo pure legato, post aditam haereditatem a legatario perceptos, ad ipsum pertinere. L. Nihil proponi* 120. §. *ult. ff. de legatis* 1. (30. 1.)

§. 1658.

Si autem haeres ipse possideat rem, cujus ususfructus alienus est, ante oblatam cautionem usufructuarius nullum ex re emolumentum percipere potest (1); leges enim facultatem non concedunt fructuario rem vindicandi, nisi praestita satisdatione: ut ex eo patet, quod dominus ipse possit rem usufructuario traditam vindicare, si satisdatum non fuerit (2). Nec juste conqueri potest fructuarius; cum per ipsum stet, quominus rem consequatur (3).

(1) *Ab-Eccles. d. obs.* 195. *num.* 14., *Fab. d. def.* 9. *cod. hoc tit.*

(2) *Et, si ususfructus nomine, re tradita, satisdatum non fuerit, Proculus ait, posse haeredem rem vindicare: et, si objiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum erit. D. l.* 7. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Quod quis* 203. *ff. de reg. jur.*

§. 1659.

Diximus, cautionem ususfructus nomine praestandam esse, quocumque titulo constitutus sit (§. 1651.); sed hoc non impedit, quominus cessante caussa, quae legislatores movit, ut satisdationem praeciperent, vel suadente aequitate ab hoc onere quaedam personae subductae fuerint. Atque in primis, quia cessat legis ratio, respondit ex Pomponii sententia Ulpianus, immunem esse a satisdatione eum, cui ususfructus pure a testatore legatus fuit, fundi autem proprietas post certum tempus relicta est; cum enim certum sit in hac specie, proprietatem ad usufructuarium perventuram esse, vel ad ejus haeredem (1), nihil interesse videtur ejus, qui interim dominus est, donec praefinitum tempus advenerit, utrum fructuarius re utatur tamquam bonus paterfamilias, an re abutatur.

(1) *L. Si ususfructus* 9. §. *Plane* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1660.

Non tamen desunt, qui existiment onus satisdationis usufructuario injungendum esse, in hac etiam specie; et nituntur generalibus ipsius juris Romani principiis, quibus traditur, toties proprietario cavendum esse, quoties hujus interest, salvam esse penes fructuarium rei substantiam (1). Cum ergo facile contingere possit, ut moriatur usufructuarius, antequam veniat dies, quo proprietatem ex testatoris voluntate habere debet, atque interim ususfructus penes haeredem sit, consequens omnino videtur, hoc nomine satisdationem domino praestandam esse.

(1) *D. l. Si cujus rei* 13. *ff. de usufr.* (7. 1.)

§. 1661.

Aliud jus servandum praecipitur, cum ususfructus pure quidem legatus est, proprietatem vero nonnisi sub conditione testator reliquit (1); cum enim adhuc incertum sit, utrum extitura sit adscripta conditio, necne; adeoque utrum proprietas ad usufructuarium pervenire debeat, an remanere penes haeredem, hujus interesse potest, ne usufructuarius re abutatur, proinde cautio ipsi praestanda est (§. praeced.)

(1) *L. Omnes autem* 3. §. *Sed et si* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1662.

Praeterea satisdationis onus non imminet patri in usufructu bonorum adventitiorum filii, quemadmodum nec tenetur rationes administrationis reddere; ita videlicet legislatores decreverunt, suadentibus tum obsequio patri a filiis debito, tum paternae affectionis praesumptione, ex qua optimam, filiorum favore, administrandi rationem servare creditur pater in hisce bonis (1).

(1) *L. ult.* §. *Sin autem aes* 4. *cod. de bon. quae lib.* (6. 61.)

§. 1663.

Non idem omnino favor matri tributus fuit; si enim ad secundas nuptias transeat, immunis quidem est a satisdatione pro bonis immobilibus, quorum proprietatem filiis prioris matrimonii servare tenetur, non autem pro mobilibus; futurum alioquin, penes filios sint, qui idoneae matri caveant de eorum usufructu, seu eorum pretio suppeditando (1). Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit 9. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *L. Hac edictali* 6. §. 1. *cod. de secund. nupt.* (5. 9.)

§. 1664.

An fiscus, qui forte usufructu potiatur, eximendus sit a satisdationis onere, quaerunt hic interpretes, atque passim pro eo respondent, moti auctoritate Ulpiani ajentis, fiscum legatorum servandorum nomine non cavere, quia fiscus satisdare non solet (1), quamvis eadem bene utendi obligatione adstringatur (2).

(1) *Si ad fiscum portio haereditatis pervenerit, cessabit ista stipulatio, quia nec solet fiscus satisdare. L.* 1. §. *Si ad fiscum* 18. *ff. ut legator., seu fideicomm. caussa caveat etc.* (36. 3.)

(2) *L. Nisi si dolo* 3. §. *Item sciendum* 5. *ff. si cui plus, quam per leg. falcid. licuerit, legat. esse dicet.* (35. 3.)

§. 1665.

Postremo, ex communi pragmaticorum sententia, remittitur satisdatio haec donatori, qui, rerum proprietate donationis titulo in alterum collata, usumfructum sibi reservaverit; quod quidem nulla speciali lege cautum invenitur, sed nititur aequitate, quae prohibet, ne donatarius liberalitatis suae poenam patiatur (1). Quamquam dubium non est, quominus conveniri possit donator, si per dolum re abutatur; ne ut ait Modestinus, fraudis consilio revocet, quod prius liberaliter concesserat (2).

(1) *L. Ad res donatas* 62. *ff. de aedilit. edic.* (21. 1.) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 3. *all.* 4. *in fine, ubi idem jus observari tradit in usufructu constituto per investituram.*

(2) *Sane de dolo donator obligare se, et debet et solet; ne, quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet. D. l.* 62. *in fine ff. de aedilit. edict.*

§. 1666.

Sed tenebiturne cavere donator extraneo, cui donatarius proprietatem fundi donati vendiderit, et simul cesserit omnia jura sibi competentia? Contra donatorem facere videtur, quod emptor nulla adstringatur liberalitatis recompensatione, ut ab hoc onere usufructuarium eximat (1): usufructuario autem favet ea juris regula, qua traditur, unius conditionem ab altero deteriorem fieri non posse (2).

(1) *L. Qui id, quod* 33. §. *ult. ff. de donationib.* (39. 5.), *l. Nesennius Apollinaris* 41. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(2) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.) *l. Si unus ex argentariis* 27. §. *Pacta* 4. *ff. de pactis* (2. 14.)

§. 1667.

Cum species haec Senatui proposita fuisset videlicet de sorore, qua fratri suo praedia rustica donaverat, reservato sibi usufructu, frater vero proprietatem alteri vendiderat: instante emptore, ut mulier praestitis fidejussoribus caveret, vel praedia sibi tribuerentur, quorum fructus mulieri se daturum spondebat; renuente autem muliere, quae, cum fidejussores se non invenisse assereret, cautionem jurejurando firmatam offerebat, juncta bonorum suorum hypotheca, pro muliere sententiam dixerunt patres, atque facultatem ei concesserunt fructus praediorum manu propria percipiendi, dummodo jurejurando caveret, et bona sua hypothecae vinculo subjiceret in emptoris securitatem (1).

(1) *Osasc. dec.* 153. *per tot.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1668.

Neque sententia haec juris Romani praesidio destituitur; specie enim proposita de legatis relictis filio, vel servo sub conditione, a patre, vel domino haerede instituto, quamvis nec filius in potestate retentus, nec servus satisdationem legatorum nomine petere possint; si tamen pendente conditione filius emancipetur, vel manumittatur servus, respondit Paulus, non quidem cogendum patrem, vel dominum, ut cautionem datis fidejussoribus praestent, sed caussam hanc per mediocritatem dirimi debere, ut cautio cum hypotheca bonorum admittatur (1).

(1) *Sed melius est per mediocritatem caussam dirimere, ut cautioni tantum, cum hypotheca suarum rerum, committantur. L. Filio 7. ff. ut legator. etc.* (36. 3.)

§. 1669.

Quarta succedit controversia, utrum satisdatio haec ab haerede, contrahentibus, vel testatore remitti possit. Quod ad haeredem pertinet (idem ex rationis indentitate de contrahentibus judicium ferri debet), fere omnes consentiunt, posse usufructuarium ex illius indulgentia ab hoc onere liberari; atque hac ratione nituntur, quod hujusmodi satisdatio haeredis favore, seu proprietarii, ad quem ususfructus reverti debet, inducta sit, ut salva, et incolumis servetur rei substantia; adeoque nihil prohibeat, quominus huic legum beneficio renunciet (1).

(1) *L. Si quis in conscribendo 29. cod. de pact.* (2. 3.)

§. 1670.

Confirmari quoque potest sententia haec exemplo legatariorum, quibus ita licet, haeredem solvere ab onere praestandae satisdationis, pro legatis in diem, vel sub conditione relictis (1), ut semel praestitam liberationem legatarius revocare nequeat; quia, ut scite ait Triphoninus, unicuique licet, *sui juris persecutionem, aut spem futurae perceptionis deteriorem constituere* (2). Si autem permissum est legatariis satisdationi renunciare, quae non unam ipsorum utilitatem, sed testatoris quoque favorem continet, ut ita facilius, et tutius ipsius voluntas adimpleatur, nulla conveniens afferri potest ratio, cur facultas haec haeredi, contrahentibus, vel alteri cuicumque, qui proprietatis dominus sit, denegari debeat; cum in unius fere proprietarii securitatem redundet hujusmodi satisdatio.

(1) *De qua in Pandect. lib. 36. tit. 3. ut legator., seu fideicommissor. servand. caus. caveat.*

(2) *L. Pactum 46. ff. de pactis* (2. 14.)

§. 1671.

Neque obstat, quod aliqui respondent, permissum fuisse legatariis, ut haeredem liberent ab onere cautionis; quia idem arbitrium testatoribus jam tributum fuerat (1): adeoque vim non habere allatum argumentum in hac re, in qua testatoribus non licet ex communi sententia, prout mox demonstrabimus, cautionem hanc remittere; gratis enim haec ratio fingitur, neque eum nullatenus innuit Triphoninus, qui eo tantum argumento nititur, quod unusquisque possit deteriorem juris sui conditionem efficere (§. praeced.)

(1) *L. ipsis rerum 2., l. Cum Artemidoram 4. cod. ut in possess. legator.* (6. 54.)

§. 1672.

Sed esto, legatariis facultatem hanc leges concesserint, quia testatori eadem prius tributa fuerat. Inde tamen colligi nequit, perperam nos argumentari a legatarii exemplo, in eo, quod respicit satisdationem legatorum nomine ab haerede praestandam, ad cautionem, quam usufructuarius proprietario debet; semper enim valet argumentum ab uno casu ad alterum, quoties in utroque eadem est legis ratio (1), prout contingit in hac quaestione, in qua immo favet argumentum a minori ad majus: videlicet jura permittunt legatario, cui in diem, vel sub conditione relictum sit legatum,

ut haeredem liberet ab onere praestandae satisdationis, cum tamen satisdatio haec haeredis quidem favore potissimum inducta sit, sed et simul testatoris caussa, ut facilius, et tutius adimpleatur ejus voluntas (2): cautio autem usufructuario injuncta unius fere proprietarii emolumentum continet; cum satisfactum sit testatoris voluntati, si usufructuarius rei fructus percipiat, haeres autem, vel legatarius, quem ipse maluerit, proprietatem habeat, et spem, seu potius jus consolidationis ususfructus cum proprietate. Ergo potiori ratione facultas haec tribui debet proprietario, quam legatariis.

Inst. l. 2 tit. 4 ff. l. 7. tit. 9 Cod. l. 3. tit. 33

(1) *L. Neque leges* 10. *cum trib. seqq. ff. de legib.* (1. 3.)

(2) *L. 1. §. Nec sine ratione* 2. *ff. ut legator. etc.* (36. 3.)

§. 1673.

Si autem quaeratur, an eodem jure testator polleat, negantium sententiae putamus inhaerendum (1); utpotequae legum praesidio, et rationis auctoritate munitur. Atque in primis traditur ab Imperatore Alexandro, qui non tantum negat satisdationem hanc testamento remitti posse; sed simul docet, non valere argumentum a satisdatione, ususfructus nomine praestanda, ad eam, quae legatorum, et fideicommissorum titulo offerri debet (2).

(1) *Thes. dec.* 80. *num.* 2.

(2) *L. Scire debetis, fideicommissi quidem, et legati satisdationem remitti posse, Divum Marcum, et Divum Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur, fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. L. Scire debetis* 7. *cod. ut in possess. legator.* (6. 54.)

§. 1674.

Neque objiciatur, Imperatoris rescripto tantum contineri primam cautionis partem, qua spondet fructuarius, se boni viri arbitratu re usurum (1); illis enim verbis integram satisdationem significat Alexander, prout, alibi praestitit (2): et non raro solent jureconsulti prima legum, vel praetorii edicti verba commemorare, quibus tamen singulas edicti, vel legis partes demonstrant (3)

(1) *In d. l.* 7. *cod. ut in possess. legator.*

(2) *L. Usufructu* 4. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Si cujus rei* 13. *ff. de usufruct.* (7. 1.), *l. ult. ff. hoc tit.*

§. 1675.

Sunt, qui in hujus sententiae praesidium afferunt rescriptum Imperatorum Severi, et Antonini, qui interrogati a marito, cui uxor bonorum omnium usumfructum reliquerat, et simul prohibuerat, ne satisdatio exigeretur, apertissime respondent, non aliter jus esse marito, debitam pecuniam accipiendi, praeterquam si decretam a legibus satisdationem offerat (1). Sane, inquiunt, hic non agitur de prima satisdationis parte, qua usufructuarius spondet, se boni viri arbitratu re usurum, cum pecunia pro arbitrio utatur fructuarius, ut et caeteris rebus, quae usu consumuntur (2); cautio tamen praestanda decernitur, quin prosit testamento facta remissio, licet quaestio sit de conjunctissimis personis. Quare concludunt, locum habere in hac specie vulgatum axioma, privatorum voluntate jus publicum immutari non posse, neque privatis concedi, ut efficiant, quominus leges in testamento suo locum habeant (3).

(1) *Si ususfructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est: quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam Senatusconsulti cautione. L.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Si vini,* 7. *ff. de usufruct. ear. rer. etc.* (7. 5.)

(3) *L. Jus publicum* 38. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. Neratius quaerit* 20. *ff. de relig., et sumpt. funer.* (11. 7.), *l. Quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad l. falcid.* (35. 2.), *l. Nemo potest* 55. *de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1676.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. ti. 9. Cod. l. 3. tit. 33.

Non immoramur in diluendo argumento, quod objici potest a facultate testatoribus concessa, ut cautionem legatorum, seu fideicommissorum nomine ab haerede praestandam remittant (§. 1676.); ut enim jam innuimus, cautio haec testatoris favore potissimum quoque inducta fuit; adeoque suasit aequitas, ut libera ejus remittendae facultas testatori indulgeretur (1): contra satisdatio, ab usufructuario praestanda, ad proprietarii indemnitatem praecipue refertur; quare eadem facultas in hac re testatori permitti non debuit (2).

(1) *Argum. l. Si quis in conscribendo 29. cod. de pact.* (2. 3.)

(2) *L. Non debet 74. ff. de reg. jur.*, (50. 17.) *l. Si unus ex argentariis 27. §. Pacta 4. in fine ff. de pactis* (2. 14.), *l. Filius 22. §. 1. ff. de inoffic. testament.* (5. 2.)

§. 1677.

Profecto nemini dubium est, quominus potuisset testator non tantum rei usufructu, sed etiam proprietate haeredem privare. Sed hinc non sequitur, usufructu relicto, testatorem efficere posse, ne usufructuarius proprietatis domino cavere debeat: quemadmodum neque ex eo, quod testator pro arbitrio, quem malit, haeredem scribat, et pro qua parte malit, consequens est, testatori licere unum tantummodo haeredem in parte haereditatis instituere; quia leges, ne quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, detracta partis mentione, totam haereditatem ei addicunt (1).

(1) §. *Haeres 9. instit. de haeredib. instituend.* (2. 14.), *l. Interdum 13. §. Sed si alter 3.*, *l. si quis ita scripserit 33. ff. eod. tit.* (28. 5.)

§. 1678.

Caeterum, haec disputando, et communiori sententiae inhaerendo, a nobis dicta sunt, ut eam vindicemus ab aliorum objectis, neque praetermittere redarguamur, quod passim responderi solet. Si autem serio quaeratur, cur leges testatori facultatem tribuerint remittendae satisdationis pro legatis in diem, vel sub conditione relictis, non vero hanc, quae ususfructus nomine offerri praecipitur, ingenue respondemus, ita legislatoribus placuisse, forte quia prior cautio non tantum haeredis, sed et praesertim testatoris favorem contineat (1), ut supra dicebamus (§. 1670.); cautio autem ususfructus nomine solius fere proprietatis favore inducta videatur.

(1) *Quamquam et huic argumento responderi potest, permittendum non esse unius voluntati, quod plurium caussam respicit.*

§. 1679.

Quod si quis adhuc urgeat, etiam testatoris, usumfructum uni, proprietatem alteri relinquentis interesse, ut rerum substantia salva sit, quo respicit cautio usufructuario praestanda, respondebimus, testatoris voluntatem eo tantum directe, et primario referri, ut rei proprietatem unus habeat, alter usumfructum. Sed, si neque responsio haec satis apta alicui videatur, Julianum interroget (1).

(1) *L. Non omnium 20. ff. de legib.* (1. 3.)

§. 1680.

Ne tamen omne contra aequitatem arbitrium prohibitum videretur testatori, quo in hac parte usufructuario faveat, leges permiserunt, ut satisdationem indirecte remittat, jubendo, ut alter ex haeredibus, vel legatariis pro usufructuario caveat: atque ita proprietarii indemnitati consulitur, et fructuarius ab onere satisdationis liberatur (1).

(1) *L. Tribus haeredibus 8. ff. de usufruct. ear. rer.* (7. 5.)

§. 1681.

Satisdatio illi praestanda est, ad quem pertinet, vel imposterum pertinere potest rei proprietas. Si ergo plures sint domini, omnibus debetur (1). Atque hinc sequitur, legata alteri proprietate sub conditione, satisdandum esse non solum haeredi, cujus interim proprietas est, sed etiam legatario, ad quem proprietas, conditione adimpleta, forte

pervenire potest (2): utrique autem legatario cavendum est, si testator proprietatem uni prius legaverit, deinde alteri (3).

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *Si plures domini sint proprietatis, unusquisque pro sua parte stipulabitur. L. Si ususfructus* 9. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *Si tibi ususfructus, et mihi proprietas legata sit, mihi cavendum est: sed si mihi sub conditione proprietas legata sit: quidam, et Marcianus, et haeredi, et mihi cavendum esse, putant: quae sententia vera est. L. Si tibi ususfructus* 8. *ff. hoc tit.*

(3) *Item si mihi legata sit, et, cum ad me pertinere desierit, alii et hic utrisque cavendum ut supra placuit. D. l.* 8. *Versic. Item si mihi.*

§. 1682.

Tandem sibi quoque invicem cavere debent usufructuarii re conjuncti, propter jus accrescendi, quo fit, ut pars alterius alteri acquiri possit (§. 1419.), et simul haeredi ratione proprietatis (1). Quod si nullus sit haeres, puta quia posthumus institutus proponatur, qui nondum natus sit, curatori ventri dato cautio praestanda erit (2); utpotequi ventris nomine agere, et excipere potest (§. 140. 2.)

(1) *Quod si duobus conjunctim ususfructus legatus sit, et invicem sibi cavere debebunt, et haeredi in casum illum, si ad socium non pertineat, ususfructus haeredi reddi. D. l.* 8. *in fine ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. de Haeredes instit. lib.* 6. *tit.* 6. *def.* 9.

§. 1683.

Satisdatio, ususfructus nomine oblata, prodest quidem successoribus universalibus, non autem singularibus; hi enim stipulatione comprehensi non sunt (1). Quare, si haeres fundi proprietatem emptionis titulo in alium transferat, emptor uti quidem poterit in rem actione adversus usufructuarium, non autem adversus fidejussores, nisi alia cautione sibi prospexerit (2).

(1) *L. Omnes autem* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1684.

Usufructuarius, qui satisdationem a legibus injunctam domino praestare detrectat, rei fructibus caret, si haeres, seu dominus in rei possessione constitutus sit (§. 1658.); quippequi rem dimittere non tenetur, nisi satisdatione oblata: immo, etiamsi fructuarius ipse possideat, si tamen dominus eum ad praestandam cautionem interpellaverit (§. 1654.); vel ususfructus a testatore sub conditione satisdandi fuerit legatus (§. 1657.)

§. 1685.

Superest expendenda posterior usufructuarii obligatio, quae ad inventarium pertinet. Romano quidem jure non videtur hoc onus injunctum; sed tantummodo suadet Ulpianus, quo et haeredi, et fructuario consultum sit, ut in testatum redigatur, qualis res fuerit initio ususfructus, unde eo finito appareat, an, et quatenus rem pejorem legatarius fecerit (1). Sed consilium hoc usu fori abiit in necessitatem (2), itaut nec a testatore remitti posse sentiat post alios Faber (3); nec immerito, alioquin enim, potissimum si relictus proponatur ususfructus omnium bonorum, supellectilis, vel alterius cujuscumque universitatis, vix sciri posset finito usufructu, an legatarius tamquam bonus paterfamilias re usus sit, et utrum omnia supersint, et restituantur, quae fuerant constituti ususfructus tempore.

(1) *Recte autem facient et haeres, et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius, si in testatum redegerint, ut inde possit apparere, an, et quatenus rem pejorem legatarius fecerit. L.* 1. §. *Recte autem* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *Thes. dec.* 80. *num.* 3.

(3) *Fab. cod. de jure deliber. lib.* 6. *tit.* 11. *def.* 43. *num.* 2. *in allegat.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3 tit. 33.

§. 1686.

An vero solemne inventarium fieri debeat, an sufficiat simplex rerum descriptio, dubitari potest. Sufficere simplicem rerum descriptionem coram judice factam, adjecto usufructuarii jurejurando, quo affirmet, se omnia in inventario referre, putat Thesaurus (1): quae quidem solemnitates, ut fiat coram judice, et jusjurandum adjiciatur, tunc tantum requiri videntur, cum usufructuarius ipse res omnes possidet, adeoque suspicio esse potest, ne aliquas prodat; alioquin potius ad haec cogendus esset proprietarius, si in rerum possessione constitutus proponeretur.

(1) *Thes. d. dec.* 80. *num.* 3. ✠

§. 1687.

Communis est in hac re sententia, sumptibus ipsius proprietarii conficiendum esse inventarium; utpotequia eo petente fit, atque ejus una versatur utilitas (1). Hinc patet, ob non confectum inventarium non amitti usumfructum, nisi adsit contumacia; cum nonnisi postulante domino ejus conficiendi necessitas incumbat (2), quemadmodum de satisdatione supra diximus (§. 1654., et seqq.)

(1) *Thes. d. dec.* 80. *in addit. litt.* B., *Fab. cod. ad S. C. Trebell. lib.* 6. *tit.* 27. *def.* 25.

(2) *Argum. l.* 1. §. *Item sumptus* 9. *ff. de tutel.*, *et rationib. distrahend.* (27. 3.) *Thes. d. dec.* 80. *num.* 3., *Fab. cod. d. def.* 25.

ARTICULUS II.

De oneribus usufructuarii in specie.

Instit. lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest. lib. 7. tit. 1. *De usufructu, et quemadmod. etc.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufr., et habit., etc.*

SUMMARIA.

Proponuntur singulares quaedam res, quarum usufructuarius diversa onera habet pro diversa rerum qualitate. §. 1688.

Usufructuarius praedii rustici illud colere tenetur, serere, et sumptus facere, ne deterius fiat. §. 1689.

Solvit quoque tributa, collectas, et alia onera, quae a fundo debita reputantur. §. 1690.

Sed non tenetur luere pignus, nisi testator aliud praescripserit. §. 1691.

Cur aliud obtineat in legato proprietatis? §. 1692.

Usufructuarius fundi ad graviores impensas non tenetur: proinde factas a proprietario repetit. §. 1693.

Potest usufructuarius se eximere a levioribus impensis, fundum derelinquendo, si tamen propria culpa deterior effectus non sit. §. 1694.

Impensae litis, quae proprietatem respiciat, oneri sunt proprietarii, caeteras usufructuarius ferre debet. §. 1695., *et* 1696.

Cur pater, qui fruitur bonis adventitiis filii, ad impensas quascumque teneatur? §. 1697.

Impensas, quae ad fructus pertinent, facere debet, qui fundi usufructu potitur. §. 1698.

Ad quae teneatur ille qui habet usumfructum animalium? §. 1699.

Qui domus usumfructum habet, ad exiguas quoque refectiones tenetur, non graviores. Quid si dirutam fere domum proprietarius restituat? §. 1700.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Usufructuarius hic damni infecti nomine cavere tenetur vicino; et vicinus quoque fructuario cavet. §. 1701.

De usufructuario omnium bonorum remissive. §. 1702.

§. 1688.

Eodem servato ordine, quoad rerum indoles patitur, atque exposcit, quem supra de juribus usufructuarii in specie agentes tenuimus (§. 1571.), expendemus in hoc articulo singularia onera quorundam usufructuariorum: videlicet. 1. Praedii rustici. 2. Feudi 3. Animalium. 4. Census vitalitii. 5. Domus. 6. Tandem quaedam adnotabimus de oneribus usufructuarii omnium bonorum.

§. 1689.

Qui praedii rustici usufructu potitur, debet illud colere, serere, in locum arborum demortuarum alias substituere (1), adscrere quoque arbores (2), seminarium renovare (3), vites subserere, aquaeductus purgare (4): atque caeteras leviores impensas facere, quae necessariae sunt, ne fundus deterior fiat (5).

(1) §. *Sed si gregis* 38. *inst. de rer. divis.* (2. 1.), *l. Agri usufructu* 18. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Usufructu legato* 7. §. *Cassius quoque* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Item, si fundi* 9. §. *Seminarii* 6. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Si cujus rei* 13. §. *De praeteritis* 2. *ff. hoc tit.*

(5) *Modica igitur refectio ad eum pertineat. D. l.* 7. §. *Quoniam igitur* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1690.

Praeterea usufructuarius tenetur necessarias impensas facere, ad vias reficiendas, vel instaurandas; fisco pendere tributa, vectigalia, atque municipio pensiones, quae a praediis debentur (1); canonem quoque a praedio fructuario solvendum directo domino praestare: atque, ut verbo dicam, onera omnia ferre, quae fundo ipsi inhaerere reputantur, nisi aliter cautum fuerit (2); praesumitur enim testator usumfructum agri relinquere in eo statu, quo penes se eundem habebat, et cum oneribus eidem annexis, nisi aliud voluisse demonstretur: atque ita suadet aequitas, ut fructuarius, qui omnia fundi emolumenta percipit, ejus quoque onera sustineat (3).

(1) *D. l. Usufructu* 7. §. 2. *in fine*, *l. Si pendentes* 27. §. *Si quid cloacarii* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Usufructu relicto* 52. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l. Usufructu* 7. §. *Quoniam igitur* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1691.

Quaerunt hac occasione interpretes, utrum fructuarius pignus luere, seu praedium solvere teneatur a vinculo hypothecae, cui illud subjecerit testator, qui usumfructum reliquit. Negantium sententia aequior videtur; tum quia pignus proprietatem potius, quam fructus praedii respicit; tum quia facile contingeret, ut nullum emolumentum fructuario superesset, si pignus luere cogeretur. Atque hinc legato in quinquennium usufructu hortorum, quos testator in idem tempus conduxerat, Labeo respondit, mercedem, seu pensionem ab haerede praestandam esse, non a fructuario (1).

(1) *Qui hortos publicos a republica conductos habebat, eorum hortorum fructus usque ad lustrum, quo conducti essent, Aufidio legaverat; et haeredem eam conductionem eorum hortorum ei dare damnaverat, sinereque uti eum, et frui. Respondi, haeredem teneri sinere frui: hoc amplius haeredem mercedem quoque hortorum reipublicae praestaturum. L. Qui quatuor* 30. §. 1. *ff. de legatis* 3. (32. 1.)

§. 1692.

Neque nocet, quod objici posset, legata fundi proprietate, onus incumbere legatario luendi pignoris, nisi testator rem creditori obligatam sciverit (1); ut enim modo

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Cod. l. 3. tit. 33.

animadvertimus (§. praeced.), pignus rei proprietatem afficit potius, quam fructus: adeoque ab eo redimi debet, ad quem proprietas spectat, nisi testator aliud voluerit; prout velle praesumitur, cum rem pignoris vinculo nexam ignorabat (2). Quare exemplum hoc, nedum sententiae nostrae adversetur, potius eandem firmat.

(1) §. *Sed etsi rem* 5. *instit. de legat.* (2. 20.)

(2) *D.* §. 5. *instit. de legat.*

§. 1693.

Diximus, fructuarium teneri ad leviores impensas, ne deterius praedium efficiatur (§. 1689.); graviores enim ferre non cogitur (1); sed ad proprietarium pertinent; ne alioquin facile contingat, ut pluris sint impensae, quam ex re fructus percipiantur. Quod si forte hujusmodi majoris momenti expensas solverit fructuarius, eas a domino jure repetet: quemadmodum reposcit tributa, quae prius debebantur, quam ipse fundi usufructu potitus sit; haec enim inter aes alienum recensentur, quod haeredis oneri est, non usufructuarii (2).

(1) *D. l. Usufructu* 7. §. *Quoniam igitur* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. ult.* §. *Sin autem aes alienum* 4. *cod. de bon. quae lib.* (6. 61.)

§. 1694.

Quinimmo potest usufructuarius se a modicis impensis liberare, si malit fundum, in quem impendi debet, proprietario dimittere, atque usuifructui renunciare (1): quod tamen usufructuario non liceret, si ex culpa sua deterior factus esset fundus; neque enim ita se gereret diligens paterfamilias, qualem se exhibere debet fructuarius (2). Quamquam, ut obiter dicamus, neque tenetur haeres ipse ad has impensas (3), nisi aliter caverit testator (4).

(1) *L. Cum fructuarius* 64. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Sed cum fructuarius* 65. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 65. §. 1. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Si extraneo* 46. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1695.

Sed cujus oneri sunt impensae ad instituendas, vel defendendas lites in fundi utilitatem? Distingui debet. Sumptus litis, quae proprietatem ipsam afficiat, vel emolumentum aliquod, quod ad proprietatem referatur, puta jus servitutis fundo debitae, vel libertatem ejusdem fundi adversus eum, qui servitutem perperam sibi adserat, sustinere debet proprietarius; utpotequia de ipsius re agitur: caeterae vero, quae ad fructus ipsos, seu jus eosdem percipiendi spectant, contraria ratione fructuario incumbunt.

§. 1696.

Dixi, a proprietario ferendas esse impensas litium, quae proprietatem respiciunt; neque enim iis adhaerendum puto, qui sentiunt, ab usufructuario fieri debere hujusce generis impensas, ita tamen ut eas finito usufructu repetat, exemplo mariti (1); longe enim distat usufructuarius a marito; ille, proprietario comparatus, nec dominii speciem in re habere videtur (2): contra maritus civile dotis dominium habere reputatur (3), adeoque gravior est mariti obligatio, quam fructuarii: eo vel maxime, quod mulier plerumque nihil in bonis habet praeter dotem; nec certo sciri potest, utrum dos ipsi mulieri restituenda sit, necne: quae profecto in usufructu locum non obtinent.

(1) *L. Vel si vites* 3. §. 1. *ff. de impens. in res dotal. factis* (25. 1.)

(2) *L. Recte dicimus* 25. *ff. de verbor. signific.*, (50. 16.) *l. Si quis suos* 74. *ff. de legatis* 3. (32. 1.)

(3) *L. In rebus dotalibus* 30. *cod. de jur. dot.* (5. 12.)

§. 1697.

Inst. l. 2 tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

Neque etiam sententiae nostrae adversatur, quod ab Imperatore Constantino statutum est, ut pater, qui bonorum maternorum, quae filio quaesita sunt, usufructu potitur, sumptus omnes facere debeat ex fructibus ad tuenda haec bona (1); grave enim hujusmodi onus usufructui non innititur, sed amplissima potestate, patri ab eodem Imperatore tributa, qua pro arbitrio bona haec administret tamquam dominus (2), ita tamen ne potestate sua in dispendium filiorum abutatur (3), quod non minus ab aequitate, quam a paternae pietatis officio alienum est. Cum ergo patri auctoritas longe amplior competat, quam caeteris usufructuariis, graviora quoque onera ferre debet.

(1) *L. 1. cod. de bonis maternis* (6. 60.)
(2) *D. l. 1. cod. de bonis maternis.*
(3) *D. l. 1. versic. Parentes autem.*

§. 1698.

Ex hactenus disputatis facile dignosci possunt onera eorum, qui feudi, animalium, census vitalitii, vel domus usufructu gaudent. Atque in primis usufructuario feudi non secus, ac caeteris, accommodantur, quae de impensis litis a fructuario praedii rustici, vel proprietario ferendis diximus (§. 1695.) itaut propriis sumptibus instituere, et defendere debeat lites, quae ad feudi perpetuam utilitatem non pertinent, sed ad ejusdem fructus.

§. 1699.

Qui animalium fructus percipit, non tantum alimenta suppeditare debet, sed et caetera, quae necessaria sunt, ne intereant, vel deteriora fiant (1); neque iis aliter uti licet, quam uti soleat bonus paterfamilias (2).

(1) *Argum. l. Sed si quid* 15. §. *Sufficienter* 2., *et l. Sicut impendia* 45. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 15. §. *Et generaliter* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1700.

De usufructuario vitalitii census nihil singulari animadversione dignum est; neque alios sumptus praestare debet, quam necessarios ad jus suum tuendum. Sed specialiora quaedam incumbunt onera ei, cui ususfructus domus legatus sit, quae tamen fere conveniunt cum oneribus ejus, qui praedii rustici usumfructum habet; tenetur enim, qui aedium usufructu potitur, ad modicas quoque refectiones, ut sarta, et tecta servetur domus, non vero graviores; adeoque collabentem, vel dirutam reaedificare non cogitur, sicut nec ipse haeres, qui tamen prohibere non posset fructuarium ab usufructu, si domum sponte reficeret (1). Solvit quoque fructuarius tributa, et caetera, quae a domo debita judicantur (2).

(1) *L. Usufructu* 7. §. *Quoniam igitur* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 7. §. 2. *in fine ff. hoc tit.*

§. 1701.

Cum fructuarius, ut modo diximus, leviores impensas facere teneatur, ne deterior domus fiat; si periculum immineat, ne collabatur, atque vicino noceat, cavere debet vicino damni infecti nomine; futurum alioquin, ut a vicino misso in ejus possessionem, vel a domino cavente prohibeatur uti frui (1). Atque vicissim cum domus emolumentum fructuario competat, vicinus de damno infecto satisdare debet (2); aut pati, ut fructuarius in possessionem mittatur, atque dominium etiam judicis auctoritate acquirat, quod nec finito usufructu restituet (3); rei enim fructus consideratur, qui pleno proprietatis jure ad fructuarium pervenit.

(1) *L. Hoc amplius* 9. §. *ult. ff. de damno infecto* (39. 2.)
(2) *L. Qui bona fide* 13. §. *Superficiarum* 8. *ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1702.

Quod pertinet ad usufructuarium omnium bonorum, supra diximus, proprie non teneri ad debita personalia defuncti (§. 1485.); utpotequia successor singularis est: pati tamen debere, ut bonorum haereditariorum pars vendatur, ut ex pecunia redacta creditoribus satisfiat; quia aequum non est, ut haeres ex propriis bonis solvat (1). Atque ita speciatim constituit Justinianus de patre, qui bonorum adventitiorum filii usufructu potiatur, si tamen fructus sufficiant (2). Sane nemo dubitat, prout ex hactenus traditis aperte colligitur, quin usufructuarius omnium bonorum ad onera quaecumque teneatur, quae rebus ipsis inhaerent (§. 1689, et seqq.)

(1) *L. ult. ff. de usu, et usufruct. legato* (33. 2.), *Thes. lib. 2. quaest. 32. num. 7.* ✠, *Fab. cod. hoc tit. lib. 3. tit. 23. def. 1.*

(2) *L. ult. §. Sin autem 4. cod. de bon. quae liber.* (6. 61.)

SECTIO VI.

Quibus modis ususfructus amittitur, vel finitur.

Instit. lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest. lib. 7. tit. 4. *Quib. mod. ususfruct. amitt., vel finit.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufruct., etc.*

SUMMARIA.

Aliud est amittere usumfructum, aliud finiri. §. 1703.

Amittitur ususfructus quinque modis, duobus finitur. §. 1704.

1. *Per maximam tantum, et mediam capitis deminutionem hodie amittitur ususfructus. Quid si usufructuarius monasterium ingrediatur?* §. 1705.

2. *Si pars tantum rei intereat, perseverat ususfructus in caeteris.* §. 1706.

Pereunte re principali, amittitur quoque ususfructus accessoriae, non viceversa. §. 1707

Nisi testator seorsim accessoriae usumfructum reliquerit. §. 1708.

Cur legata proprietate domus, adhuc debeatur area, quamvis diruta sit domus; eversa autem domo, neque areae ususfructus consistat? §. 1709.

Pignus in domo, et area constitutum, extincta domo, perseverat in area. §. 1710.

Amittitur quoque ususfructus rei mutatione, ex qua res pristinum nomen, usum, et formam amiserit: secus si mutatio ad accidentalia pertineat. §. 1711.

Gregis ususfructus extinguitur, si oves ad eum numerum redigantur, quo gregis nomine appellari non possint. §. 1712.

Extinctus rei mutatione ususfructus, non reviviscit, si res novam quidem formam recipiat priori similem, sed non eandem: veluti si tota domus restauretur. §. 1713.

An, dissoluta, et reaedificata ex iisdem tabulis navi, ususfructus in ea primum constitutus iterum debeatur? §. 1714.

Si mutata res, vel extincta eandem denuo formam recuperet, reviviscit ususfructus: veluti si positum in area aedificium destruatur. §. 1715.

3. *Amittitur quoque ususfructus ab eo, qui nec per se, nec per alium utitur.* §. 1716.

Usufructuarius retinet usumfructum per conductorem, et emptorem, quamvis neuter constituta servitute utatur; non vero eodem modo per donatarium. §. 1717.

Si fructuarius proprietatis domino facultatem percipiendi fructus vendat, vel locet, atque hic idem jus in alterum transferat, qui eo non utatur, extinguitur ususfructus. §. 1718, *et* 1719.

Ususfructus rerum immobilium amittitur non usu per decennium inter praesentes, vel vicennium inter absentes. §. 1720.

Rerum mobilium ususfructus amittitur ab eo, qui per continuum triennium eo uti desinit. §. 1721, *et* 1722. Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 33.

Distinctio inter res mobiles, et immobiles ex eo colligitur, quod Justinianus usumfructum eodem tempore praescribi decernit, quo proprietas per non usum amittitur. §. 1723.

Posterior lex generalis priorem specialem non abrogat, nisi constet de contraria legislatoris voluntate. §. 1724.

Praescriptioni non subest ususfructus in annos singulos, vel alternis annis relictus. §. 1725.

Potest retineri ususfructus aliquarum rerum ab eo, cui plurimarum legatus est. §. 1726.

An usumfructum amittat ille, qui re utitur, non autem fruitur? §. 1727.

Jure Romano per abusum ususfructus non amittitur. §. 1728.

Dominus prohibere potest fructuarium, qui impendere detrectet in refectionem fundi, ne fructus percipiat; donec necessarias impensas suppeditet. §. 1729.

Ex Fabro amittitur ususfructus abusu: si tamen mera liberalitate testatoris constitutus sit, non contractu oneroso quaesitus. §. 1730.

4. *Amittitur ususfructus cessione, quae fiat ipsi proprietatis domino.* §. 1731.

Usumfructum non amittit, qui jus suum perperam in extraneum transferre voluit. §. 1732.

Explicatur responsum Pomponii, quo tradere videtur, usumfructum cessionario non acquiri, sed ad proprietatem reverti. §. 1733.

5. *Amittitur ususfructus consolidatione. Quid si testator fundi usumfructum pure legaverit Sempronio, Titio vero proprietatem sub conditione, atque Sempronius interim fundi dominium acquirat, deinde impleatur conditio?* §. 1734.

Finitur ususfructus. 1. *Morte fructuarii, nisi testator caverit, ut ad haeredem transeat.* §. 1735.

Haeredum nomine, cum de usufructu agitur, immediati tantum haeredes continentur. §. 1736.

Ususfructus civitati, municipio, vel cujusvis generis collegio relictus, durat per centum annos: nisi prius universitas destruatur. §. 1737.

Ususfructus filiofamilias relictus non expirat, nisi defunctis tum patre, tum filio. §. 1738.

Unus est ususfructus in hac specie, qui penes patrem est, dum vivit; eoque defuncto ad filium pervenit: atque unica cautio praestanda est. §. 1739.

Ususfructus, fideicommissi titulo restituendus, non prius extinguitur, quam decesserit fideicommissarius; vel etiam fiduciarius, si ad hunc mortuo fideicommissario reverti debeat. §. 1740.

2. *Finitur ususfructus veniente die, vel existente conditione. Quid si haeres interim usumfructum alteri concesserit?* §. 1741.

Repetitus censetur ususfructus relictus usque ad certum tempus, vel quamdiu usufructuarius vivet. §. 1742.

Ususfructus relictus, donec filius ad majorem aetatem pervenerit, perseverat usque ad id tempus, quamvis filius ante decedat. §. 1743.

Sola fructuarii morte extinguitur ususfructus alicui legatus, donec filius, vel extraneus quilibet compos mentis fiat, atque hic eodem animi vitio laborans decesserit. §. 1744.

Non amittitur ususfructus rei alienatione a domino facta, neque usucapione proprietatis. §. 1745.

I. st. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. C. d. l. 3. tit. 33.

§. 1703.

Quamquam saepe promiscue dicitur amitti, vel finiri usumfructum, proprie tamen verba haec significatione differunt. Amittitur usus fructus, cum aliquo casu fit, ut usufructuario auferatur; quo praeciso, ex testatoris, vel contrahentium mente adhuc perseverare deberet: finitur autem, quoties ex eadem testatoris, vel contrahentium voluntate finem accipere debet, ut ad proprietatem revertatur. Atque discrimen hoc aperte innuit Paulus (1).

(1) *Paulus lib.* 3. *sententiarum tit.* 6. §. 28., *et* 33.

§. 1704.

Amittitur usus fructus quinque modis. 1. Status mutatione, seu capitis deminutione. 2. Mutatione rei, in qua ususfructus consistit. 3. Non usu. 4. Cessione. 5. Consolidatione (1). Finitur autem duplici modo: videlicet. 1. Morte fructuarii. 2. Adveniente tempore, vel existente conditione. Singulos expendamus (2).

(1) *Paulus d. lib.* 3. *tit.* 6. §. 28.

(2) *Paulus d. lib.* 3. *tit.* 6. §. 33.

§. 1705.

1. Amittitur ususfructus per mutationem status, seu, ut cum jureconsultis loquamur, per capitis deminutionem, olim quidem maximam, mediam, et minimam (1); hodie vero per duas priores tantummodo, quibus libertas, vel saltem civitas aufertur; non vero per minimam, ex qua una mutatur familia, quam idcirco excipere aequius Justiniano visum fuit (2). Quod si usufructuarius monasterium ingrediatur, non finiri usumfructum, post alios tradit Faber, sed durare jure alimentorum: nisi, ut quidam putant, monasterium sit ex mendicantibus (3).

(1) *Paulus ibid.* §. 29.

(2) *L. ult. cod. hoc tit.; quare ex l.* 1. *ff. de usu, et usufruct. legat.* (33. 2.) *detrahi debent ea verba*, ex magna caussa, *quae a Triboniano adjecta fuerunt, ut juri a Justiniano inducto Pauli sententiam accommodaret; cum utique Pauli aetate per minimam capitis deminutionem ususfructus amitteretur. D. lib.* 3. *sentent. tit.* 6. §. 33.

(3) *Fab. cod. de sacros. Eccles. lib.* 1. *tit.* 2. *def.* 44. *num.* 12. *in allegat.*

§. 1706.

2. Ususfructus amittitur rei mutatione: si res penitus intereat, vel destruatur, certum est non amplius consistere usumfructum, qui jus est in corpore, ut ait Celsus, quo sublato, et ipsum tolli necesse est (1). Quod si pars tantum rei intereat, perseverat ususfructus in caeteris. Hinc domus usufructu legato, non tantum portionis, quae superest usumfructum durare, respondit Javolenus, sed totius quoque soli (2); utpotequod domus accessio reputatur.

(1) *L. Est enim* 2. *ff. de usufructu* (7. 1.)

(2) *Si cui insulae ususfructus legatus est, quamdiu quaelibet portio ejus insulae remanet, totius soli usumfructum retinet. L. Si cui insulae* 53. *ff. eod tit.*

§. 1707.

Eadem fere ratione, legato usufructu fundi, in quo adsit villa, hac diruta neque fundi (1), neque soli (2) ususfructus amittitur. Quod Ulpianus etiam ad eum casum extendit, quo fundus villae accessio sit (3); sed jureconsultus de ea specie explicari debet, qua relictus fuerit ususfructus fundi, ad quem ex patrisfamilias destinatione villa accedat (4); alioquin enim diruta villa fundi ususfructus non debetur, neque etiam areae (5). Generalis ergo regula hic statui debet, non amitti usumfructum, neque rei principalis, nec accessoriae, ex qua emolumentum adhuc percipi possit, si accessoria mutationem passa sit: penitus autem extincta re principali accessoriae quoque usumfructum amitti, quamvis per se fructus afferre possit (6). Quare, etsi area proprium usum habeat, diruta tamen domo, areae ususfructus extinguitur (7).

(1) *L. Fundi* 8. *ff. hoc tit.; sed ratio ab Ulpiano allata*, quia villa fundi accessio est, *conveniens non videtur: atque idem jureconsultus in l. Quid tamen* 10. *ff. hoc tit. docet, permanere usumfructum, quamvis non villa fundo, sed fundus villae accederet.*
(2) *L. Sed etc. eo* 9. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l. Quid tamen* 10. *ff. hoc tit.*
(4) *Lex enim* 10. *jungitur duabus praecedentibus, et praecipue l.* 8., *in qua agitur de usufructu fundi, non autem villae.*
(5) *L. Repeti potest* 5. *§. Rei mutatione* 2. *ff. hoc tit.*
(6) *D. l. Si cui insulae* 53. *ff. de usufructu* (7. 1.)
(7) *D. l. Repeti potest* 5. *§. Rei mutatione* 2. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1708.

Generalis tamen modo proposita regula duas habet exceptiones. Prima est, cum testator non tantum principalis, sed et accessoriae speciatim usumfructum reliquit (1); duplex enim in hac specie ususfructus est, quarum alter extingui potest, altero remanente. Posterior exceptio obtinet, cum bonorum omnium ususfructus legatus fuit; tum quia tacite singulares res legato hoc continentur, tum quia praesumitur in hoc casu testator, rerum suarum usumfructum reliquisse, quocumque in statu futurae sint (2).

(1) *D. l. Fundi* 8. *cum duabus seqq. ff. hoc tit.*
(2) *Universorum bonorum, an singularum rerum ususfructus legetur, hactenus interesse puto, quod si aedes incensae fuerint, ususfructus specialiter aedium legatus peti non potest. Bonorum autem usufructu legato, areae ususfructus peti poterit: quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solum eorum, quae in specie sunt, sed et substantiae omnis usumfructum legare videtur; in substantia autem bonorum etiam area est. L. Quoties duobus* 34. *§. ult. ff. de usufructu* (7. 1.)

§. 1709.

Neque traditam supra sententiam, qua diximus, extincta re principali, in qua ususfructus constitutus fuit, pariter amitti usumfructum accessoriae (§. 1707.), evertit exemplum legatae proprietatis domus, qua diruta, non tantum area, sed etiam materia debetur (1); longe enim distat legatum proprietatis ab usufructu legato: cum testator domus proprietatem legat, ea mente esse praesumitur, ut ea legatario acquiratur, quocumque in statu inveniatur; utpotequia dominium, quod in legatarium transfert, rem afficit, qualiscumque sit, cum dominii vi legatarius domum evertere, alienare, et, qua malit ratione, uti valeat. In usufructu autem testator respicere existimatur ad peculiarem usum, quem domus praestare potest; ut ex eo patet, quod usufructuarius domo, vel quacumque alia re uti debet, tamquam bonus paterfamilias (2), inspecta etiam rei conditione (3). Si ergo ad inhabitandum inepte facta fuerit, deficit testatoris voluntas; adeoque extinguitur ususfructus.

(1) *L. Si grege legato* 22. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)
(2) *L. Si cujus rei* 13. *§. penul., et ult., l. Usufructuarius* 44. *ff. de usufructu* (7. 1.)
(3) *L. Sed si quid* 15. *§.* 1. *ff. eod. tit.*

§. 1710.

Neque etiam nocet exemplum pignoris, quod, in domo constitutum, in area perseverat, quamvis diruta sit domus (1); quia, etiamsi in area aeque cautum non sit creditori, ac in domo, et area, merito tamen creditor velle praesumitur, nec juste dissentiret debitor, ut in hac parte cautio subsistat. Contra in usufructu testator ad singularem rei usum respexisse judicatur (§. praeced.)

(1) *L. Paulus respondit* 29. *§. Domus* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1711.

Ad haec non solo rei interitu amittitur ususfructus, sed etiam mutatione, ex qua res pristinum nomen, usum, et formam amiserit: veluti, si legato usu areae, in ea

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit 33.

aedificium deinde positum sit (1); vel silva in agrum, aut vinetum a testatore conversa fuerit (2); quia rei substantiam afficere videntur immutationes istae, adeoque mutationem voluntatis inducere. Quod si mutatio ad accidentalia tantum referatur, ut cum nostris loquar, perdurante voluntate, ususfructus quoque consistet. Hinc non amitti usumfructum agri legati, in quo deinde vineas testator posuerit, vel contra, respondit Ulpianus (3).

(1) *L. Repeti potest* 5. §. *ult. ff. hoc tit. Profecto, si haeres ipse perperam aedificaverit, usufructuario damnum, quod inde contingit, reficere cogetur, ut ait ibidem Ulpianus.*

(2) *Certe, silvae usufructu legato, si silva caesa illic sationes fuerint factae, sine dubio ususfructus extinguitur. L. Quid tamen* 10. §. *Non tamen* 4. *in fine ff. hoc tit.*

(3) *Non tamen si arvi usufructus legetur, et ibi vineae sint positae, vel contra, puto extingui. D. l.* 10. §. 4. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 1712.

Gregis quoque legatus ususfructus extinguitur, si oves ad eum numerum (1) redactae sint, ut gregis nomine amplius donari nequeant (2); deficiente videlicet testatoris voluntate; utpotequia desinat singularis rei usus, ad quem respexisse praesumitur (§. 1709.). Quamquam legata gregis proprietate adhuc una ovis debetur (3); quia et una ovis emolumentum afferre potest ei, qui rei dominium habet, eaque pro arbitrio utitur (d. §. 1709.)

(1) *Quidam decem oves gregem esse putaverunt, porcos etiam quinque, vel quatuor. L. Oves* 3. *ff. de abigeis* (47. 14.)

(2) *Cum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus. L. ult. ff. hoc tit.*

(3) §. *Si grex* 18. *instit. de legat.* (2. 20.), *l. si grege legato* 22. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1713.

Si res, quae prius perierat, vel mutationem passa erat, iterum restituatur, et pristinam formam recipiat, an reviviscat ususfructus, distingui debet. Si nova forma priori quidem similis sit, non vero eadem; veluti si dirutam domum, cujus usumfructum legaverat testator, rursus aedificet, semel extinctus ususfructus non reviviscit (1): nisi forte domus per partes instauretur, antequam penitus diruta sit (2): non enim vere dicitur eadem domus, quae prius fuerat; sed alia plane, quamvis ad prioris similitudinem composita.

(1) *Non tantum, si aedes ad aream redactae sint, ususfructus extinguitur, verum etiam si demolitis aedibus, testator alias novas restituerit. L. Quid tamen* 10. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Plane, si per partes reficiat, licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum. D. l.* 10. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1714.

Eadem ratione, ait Ulpianus ex Sabini sententia, navi dissoluta non renascitur ususfructus, quamvis testator eam deinde instauraverit iisdem tabulis, ne una quidem adjecta (1). Sed aequior videtur Pauli distinctio: an testator navem dissolverit, tabulis in alium usum destinatis, licet mutato deinde consilio navem refecerit, an reficiendae navis caussa tabulas refixerit; itaut in prima specie alia quidem sit navis, eadem tamen in altera (2); adeoque reviviscat in posteriore extinctus ususfructus; proprie enim, testatoris inspecto consilio, nec mutationem, nec interitum passa est navis, quae eo fine resoluta fuit, ut melioris restaurata conditionis fieret.

(1) *D. l. Quid tamen* 10. §. *In navis* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Inter stipulantem* 83. §. *Sacram* 5, *versic. Et navis ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1715.

Quod si eandem omnino formam recipiat extincta, vel mutata res, pristinum jus usufructuarii quoque restituetur: veluti si testator, qui areae usumfructum legaverat, aedificium, quod in ea posuerat, rursus evertat; aut etiam fortuito casu aedes ruant, vel comburantur (*1*); sublato enim impedimento, quod ex rei mutatione profluxerat, ad pristinum jus reverti debet legatarius. Sane, ut per se innotescit, hic loquimur de usufructu legato quidem, nondum autem perfecte quaesito, utpotequia adhuc vivat testator. Quod si fingamus usumfructum plene constitutum in area, atque in illa vel a proprietario, vel ab extraneo positum aedificium, servitus non reviviscet, nisi in pristinum statum revertatur area, priusquam elapsum sit tempus complendae usucapioni praestitutum (2), ut alibi demonstravimus (§. 924.)

(*1*) *Qui usumfructum areae legaverat, insulam ibi aedificavit; ea vivo eo decidit, vel deusta est usumfructum deberi existimavit. Contra autem non idem juris esse, si, insulae usufructu legato, area deinde insula facta sit. L. Qui usumfructum* 36. *ff. de usufructu* (7. 1.)

(2) *Si in area, cujus ususfructus alienus esset, quis aedificasset intra tempus, quo ususfructus perit, superficie sublata, restitui usumfructum, veteres responderunt. L. Si in area* 71. *ff. eodem tit.*

§. 1716.

3. Amittitur ususfructus non utendo (*1*); ita tamen ut non tantum per se, sed et per alium quis uti frui possit: veluti per emptorem, conductorem, procuratorem, donatarium, uxorem (2), vel maritum (3); quemadmodum in caeteris quoque servitutibus obtinet (§. 1243.)

(1) §. *Finitur* 3. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Arboribus* 12. §. *Usufructuarius* 2., *l. Non utitur* 38. *ff. de usufructu* (7. 1.)

(3) *L. Si mulieri* 22. *ff. hoc tit.*

§. 1717.

Sed hoc interest discrimen inter emptorem, et conductorem, vel donatarium, quod usufructuarius servitutem sibi constitutam non amittit, quamvis nec emptor nec conductor re utantur (1); quia pretio rei utens ipsa re uti existimatur (2): contra, si donatarius non utatur, nec ipse uti censetur; quia nihil est, quod rei vices teneat, ut ejus usu jus suum tueatur (3).

(*1*) *D. l. Non utitur* 38. *in fine ff. de usufructu* (7. 1.)

(2) *L. Quia qui pretio* 39. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Quod si donavero* 30. *ff. eod. tit.*

§. 1718.

Quod de emptore, vel conductore diximus, ut fructuarius per eos uti videatur, exceptionem habet, si Ulpiano assentimur, cum fructuarius jus, seu commoditatem percipiendi fructus, ipsi proprietatis domino vendidit, vel locavit, atque dominus, venditionis titulo, cessam sibi facultatem in extraneum transtulit; quia in hac specie posterior emptor non fructuarii, sed proprio nomine utitur (*1*): atque extraneus conductor re utitur primi conductoris, seu proprietarii nomine (2). Quod tamen ad eum casum debet coerceri, quo proprietarius proprio nomine, et jure usumfructum alteri vendat, vel locet.

(*1*) *Pomponius quaerit, si fundum a me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Sejo, non deducto usufructu, an usumfructum per emptorem retineam? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti: quia non meo nomine, sed suo, fruitus est emptor. L. Pomponius* 29. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 29. *in princ.*

§. 1719.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 9. Cod. l. 3. tit. 33

Fructuario quidem favet, quod supra diximus, per usum pecuniae videri ipsa re uti, cum pecunia rei vices teneat (§. 1717.). Sed jureconsultis non placuit regulam hanc ad eum casum extendere, quo fundus primo venditus, vel locatus fuerit ipsi proprietario: nec immerito; proprietarius enim, dominii jure, usumfructum sibi venditum, vel locatum proprio nomine in alterum iisdem titulis transferre potest, quod non licet extraneo, ad quem non spectat fundi proprietas.

§. 1720.

Si quaeratur, quo tempore ususfructus non usu amittatur, distinguendum est inter res immobiles, et mobiles. Ususfructus in rebus immobilibus constitutus, ut omnes consentiunt, spatio decem annorum inter praesentes, viginti autem inter absentes per non usum amittitur; ita quippe docet Justinianus decernens, ne ususfructus amittatur, praeterquam si fructuario objici possit talis exceptio, quae ipsum de proprietate agentem expelleret (1): haec autem exceptio ea est, quae ex non usu per decem annos inter praesentes, per viginti inter absentes descendit (2).

(1) *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem, vel absentem excludere. L. penult. §. 1. in fine cod. hoc tit.*

(2) *Princip. instit. de usucapionib.* (2. 6.), *l. unica cod. de usucapione transformanda* (7. 31.)

§. 1721.

Quod si de rebus mobilibus quaestio sit, sunt, qui putant, idem temporis spatium desiderari, ut a jure suo per non usum excidat fructuarius: atque nituntur modo laudata Justiniani constitutione (1), qua indistincte idem tempus praescribere videtur, ut ususfructus legitime acquisitus amittatur, nec ullam innuit adhibendam esse distinctionem inter res mobiles, et immobiles.

(1) *D. l. penult. §. 1. cod. hoc tit.*

§. 1722.

Sed rectius existimant alii, triennio concludi ususfructus rerum mobilium praescriptionem; quia Justinianus eandem regulam servari vult in usufructu, ac in propietate (1): porro certissimum est in praescribenda proprietate triennium sufficere pro rebus mobilibus (2). Eodem ergo temporis spatio ususfructus praescribi debet.

(1) *D. l. penult. §. 1. cod. hoc tit.*

(2) *Princip. instit. de usucapionibus* (2. 6.)

§. 1723.

Sed regerunt, qui contra sentiunt: Justinianus in praescribendo usufructu eundem modum adhiberi tradit, qui in usucapienda proprietate obtinet, distinctione habita inter praesentes, et absentes (1): haec autem decem, vel viginti anni concluditur, nec locum habet in bonis mobilibus (2). Sed aptissime respondetur, distinctionem hanc inter res mobiles, et immobiles satis ex eo inferri, quod ususfructus eodem tempore praescribi decernatur, quo per non usum proprietas ipsa amittitur (3).

(1) *D. l. penult. §. 1. cod. hoc tit.*

(2) *D. princip. instit. de usucapionib.*

(3) *D. l. penult. §. 1. in fine cod. hoc tit.*

§. 1724.

Praeterea, ut allata Justiniani sanctio contrasentientibus faveat, non sufficit, consuetam distinctionem inter res mobiles, et immobiles non commemorari, sed omnino necesse est, ut eadem excludatur; cum enim generatim constituerit idem Imperator, ut jus ad res mobiles trium annorum praescriptione amittatur, ab hac regula excipi non debet ususfructus, nisi alia lex proferri possit, quae exceptionem hanc aperte contineat (1), prout alibi demonstravimus (§. 42. D.).

(1) *L. Non est novum* 26. *cum duab. seqq. ff. de legib.* (1. 3.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1725.

Caeterum praescriptionis legi non subest ususfructus legatus in annos singulos; quia plura censentur legata (1) singulis annis repetita (2): quemadmodum in usufructu alternis annis relicto (3) atque ideo pro eo quidem anno amittitur, quo praescriptio completa est, non autem pro caeteris, qui subsequuntur (4).

(1) *L. Cum in annos* 11. *ff. de annuis legatis* (33. 1.)
(2) *L. Si duobus* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si ususfructus* 28. *ff. hoc tit.*
(4) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1726.

Si usufructuarius, cui plurimarum rerum ususfructus legatus est, earum parte utatur fruatur, caeterarum tantummodo usumfructum amittet; ususfructus enim divisionem ex rebus ipsis patitur; adeoque locum habere debet vulgata juris regula, utile per inutile non vitiari (1).

(1) *L. Placet* 25. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Sed si mihi* 5. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.), *l. Placuit* 29. *ff. de usuris* (22. 1.)

§. 1727.

Quod si proponatur usufructuarius, qui re quidem utatur, non autem fruatur, videlicet non omne ex ea emolumentum percipiat, sed illud dumtaxat, quod usuario competeret, an usumfructum amittat, distinguit Paulus; ut jus suum retineat, si sciens se usumfructum habere, minori tamen lucro contentus sit; amittat autem, si ignoret; utpotequia in primo casu animo fruendi uti existimatur, quem ignorantia excludit in altero (1).

(1) *Is qui usumfructum habet, si tantum utatur, quia existimet, se usum tantum habere, an usumfructum retineat? Et si quidem sciens, se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilominus, et frui videtur; si vero ignoret, puto eum amittere fructum; non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere. L. Is qui usumfructum* 20. *ff. hoc tit.*

§. 1728.

Abusu, si Romanas leges inspiciamus, non amittitur ususfructus; tradit enim apertissime Ulpianus, primam cautionis partem, qua fructuarius spondet, se boni viri arbitratu re usurum, saepe committi perseverante usufructu (1): quod contingere non posset; quia statim amitteretur alioquin ususfructus.

(1) *L.* 1. §. *Utilius* 5., *et* §. *sequ. ff. usufructuar. quemadm. caveat* (7. 9.) *Quod ait Justinianus in* §. *Finitur* 3. *instit. hoc tit., amitti usumfructum* non utendo per modum, *nihil aliud significat, quam praestituto modo, quo usufructuarius re utatur; puta, ut aestate tantum in domo habitet, vel silvam certo tantum tempore caedat, sique alio modo utatur, usufructu privari, quemadmodum in servitutibus contingit, ut supra diximus* (§. 1245.)

§. 1729.

Equidem proprietatis domino conceditur, ut fructuarium prohibeat uti frui nisi necessarias impensas suppeditet ad domum reficiendam (1). Verum perpetuum non est hujusmodi interdictum, itaut ex eo ususfructus intereat; sed tamdiu obtinet, quamdiu fructuarius detrectat munere suo fungi: quemadmodum contingit in eo, qui satisdationem praestare recusat (2).

(1) *Celsus certe scribit, si aedium tuarum ususfructus Titiae est, damni infecti, aut dominum repromittere, aut Titiam satisdare debere. Quod si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. Idem ait, eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum: ergo, et*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 33.

si de damno infecto non cavet, dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui. L. Hoc amplius 9. §. *ult. ff. de damn. infect.* (39. 2.)

(2) *L. Si cujus rei* 13. *ff. de usufructu* (7. 1.).

§. 1730.

Aliud tamen placuit Sabaudo Senatui, quamvis satisdederit fructuarius (1); non quidem ex regula juris (2), sed ex aequitate, quae non sinit, ut malitiis indulgeatur (3), atque exemplo ducto a conductore, emphyteuta, et similibus, quos propter abusum a conductione, nec non emphyteusi rei ad Ecclesiam pertinentis expelli posse Justinianus ipse constituit (4); atque de conductore jam pridem statuerat Antoninus (5). Haec tamen definitio coercenda videtur ad usumfructum mera testatoris liberalitate constitutum; non enim jure, quod legitimo, et oneroso titulo sibi quaesivisset fructuarius, privari deberet ob rei abusum, praesertim ex quo rei interitus non timeatur; sed actio tribuenda est domino, qua indemnitatem consequatur, atque judicis auctoritate fructuarium re uti cogat, quemadmodum decet bonum patremfamilias (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 2.

(2) *Fab. d. def.* 2. *num.* 3. *in allegat.*

(3) *L. In fundo* 38. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(4) *Auth. Qui rem hujusmodi, post l.* 14 *cod. de sacrosant. Eccles.* (1. 2.)

(5) *L. Aede.* 3. *cod. de locato* (4. 65.)

(6) *Cum enim contra rationem juris recepta sit haec sententia, ultra propositam speciem non debet extendi. Argum. l. Quod vero* 14., *l. Quod non ratione* 39. *ff. de legib.* (1. 3.)

§. 1731.

4. Amittitur ususfructus cessione, quae proprietatis domino ab usufructuario fiat (1); ususfructus enim, utpote servitus (§. 894.), ei competere non potest, qui rei dominium habet; cum res sua, ex vulgato jureconsultorum axiomate, nemini serviat: sed omne emolumentum, quod dominus ex re sua percipit, dominii jure, non autem servitutis percipere existimatur (2).

(1) §. *Finitur* 3. *inst. hoc tit.*

(2) *L. Uti frui* 5. *ff. si ususfruct. petat.* (7. 6.)

§. 1732.

Quod si usufructuarius alteri, non commoditatem, ut ajunt, seu facultatem percipiendi fructus, quod non prohibetur (§. 1554.), sed jus ipsum ususfructus cedat, quis sit hujus cessionis effectus, non conveniunt interpretes. Nullum jus in cessionarium transferri, prout omnes fatentur; sed neque usufructuarium jure suo privari, defendimus, tum auctoritate Justiniani, tum ratione: auctoritate quidem; ait enim Imperator nihil agi, cum ususfructus extraneo ceditur (1); profecto non nihil, sed res gravissimi momenti ageretur, si ususfructus ab usufructuario abscederet, ut ad proprietatem reverteretur, quemadmodum alii sentiunt: atque interpretatio haec, cui inhaeremus, eo vel maximo recipi debet, quod Justiniani consilium est, singulos referre modos quibus ususfructus amittitur; atque cum tyronibus loquitur, quibus res apertis verbis explicandae sunt. Ratione etiam nititur sententia haec; non enim patitur aequitas, ut poena privationis indicatur ei, qui prae simplicitate, vel ignorantia existimavit, jus sibi competens in alterum transferre posse; cum poenae interpretatione potius emoliendae sint, quam exasperandae (2), atque in dubio benignior interpretatio fieri debeat (3).

(1) *Nam cedendo extraneo nihil agitur. D.* §. 3. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Benignius* 18., *l. In ambigua* 19. *ff. de legib.* (1. 3.)

(3) *L. Semper in dubiis* 56. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1733.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 33.

Contrariam quidem sententiam adstruere videtur Pomponius, cum ait, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, atque, si cedatur extraneo, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum esse (1); ut enim praeteream, quod aliqui respondent, ex verbis Pomponii usumfructum statim non amitti, cum non dicat jureconsultus, usumfructum *reverti*, sed ad proprietatem *reversurum*, quo futurum tempus designatur, cum finitus fuerit ususfructus: quae interpretatio subtilis quidem est, sed tamen magis apta, quam ea, ex qua alterius opinionis patroni generalia Justiniani verba, quibus nihil agi tradit (2), ita explicant, ut nihil agatur favore extranei, totum vero odio ipsius cedentis; atque eo facilius recipi potest, quod in dubio versamur, et cedentis caussa exposcit, ut benigne legem hanc interpretemur (3), Pomponius intelligi commode potest de vetere cessione in jure, quae jamdiu exolevit, atque Justinianus una cum nudo jure Quiritum explosit (4).

(1) *Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur: difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et, si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. L. Si ususfructus* 66. *ff. de jure dotium* (23. 3.)

(2) *In d.* §. 3. *instit. hoc tit.*

(3) *D. l.* 18., *et* 19. *ff. de legib. d. l.* 56. *ff. reg. jur.*

(4) *L. unic. cod. de nudo jure quiritum tollendo* (7. 25.) *V. supra* §. 404., *et sequ.*

§. 1734.

5. Tandem amittitur ususfructus consolidatione, seu cum fructuarius rei, cujus emolumenta percipit, proprietatem nanciscitur (1). Hinc si testator Sempronio fundi usumfructum pure legaverit, Titio proprietatem sub conditione, si Sempronius conditione pendente fundi dominium acquirat, deinde impleatur conditio, censuit Julianus non tantum proprietatem, sed etiam usumfructum ad Titium perventurum esse; ea motus ratione, quod per consolidationem Sempronius usumfructum amiserit, qui proinde una cum proprietate Titio cedere debeat (2). Verum sententiam hanc, rigori quidem juris innixam sed ab aequitate alienam, rejiciendam arbitratur Voet post plures alios (3), maxime quia non desunt in ipsis Romanis legibus exempla, quibus, severitate legis posthabita, potius naturali aequitati responsa sua jureconsulti accommodarunt (4).

(1) *D.* §. *Finitur* 3. *instit. hoc. tit.*

(2) *Si tibi fundi ususfructus pure, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione dominium proprietatis acquisieris, deinde conditio extiterit: pleno jure fundum Titius habebit; neque interest, quod, detracto usufructu, proprietas legata sit: dum enim proprietatem adquiris, jus omne legati ususfructus amisisti. L. Si tibi* 17. *ff. hoc tit.*

(3) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 4. *num.* 2.

(4) *L. Dominus fructuario* 57. *ff. de usufructu* (7. 1.), *l. Papinianus* 18. *ff. de servitutib.* (8. 1.), *l. Eum, qui* 21. §. *ult. ff. de inoffic. testam.* (5. 2.)

§. 1735.

Expendendi supersunt modi, quibus finitur ususfructus. In primis finitur morte fructuarii (1); utpote qui jus personale est, quod in haeredem non transit (2); nisi aliter testator caverit haeredum favore (3); quo casu duo videntur ususfructus, adeoque duplex cautio, altera a priore fructuario, altera ab ipsius haeredibus praestanda erit (4); atque legatario mortuo ante diem legati ususfructus cedentem, ad haeredes non quidem transmissionis, sed proprio, ex voluntate testatoris, jure ususfructus perveniet.

(1) *D.* §. 3. *instit. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 33.

(2) *L. Sicut in annos* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Repeti potest* 5. *ff. hoc tit.*

(4) *Argum. l. Si duobus* 2. §. 1., *d. l.* 3. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1736.

Caeterum, cum testator usufructuarii quoque haeredibus usumfructum indistincte legavit, immediatos tantum haeredes contineri placuit Justiniano; quamvis aliud obtineat in legato proprietatis; ne alioquin inutilis fiat haeredi proprietas contra naturam ususfructus (1).

(1) *L. Antiquitas* 14. *cod. hoc tit.*

§. 1737.

Si ususfructus civitati, municipio, vel collegio relinquatur, per centum annos durare respondit Gajus, quia is finis vitae longaevi hominis sit (1); quod tamen non impedit, quominus prius destructa civitate, municipio, vel collegio, ususfructus una cum his interire debeat (2). Quod autem de civitate, collegio, et municipio dicimus, ad Ecclesias, hospitalia, et caetera pia loca aeque pertinet, utpotequae prioribus universitatibus assimilantur (§. 136., et seqq.)

(1) *Unde sequens dubitatio est quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit, centum annis tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. L. An ususfructus* 56. *ff. de usufructu* (7. 1.)

(2) *Si ususfructus civitati legetur, et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago: ideoque, quasi morte, desinit habere usumfructum, L. Si ususfructus* 21. *ff. hoc tit.*

§. 1738.

Usumfructum filiofamilias relictum non prius finiri Justinianus sancivit, quam tum pater, tum filius fato functi sint, itaut mortuo patre ad filium perveniat, moriente autem filio non desinat pater, quamdiu vixerit, usufructu potiri (1); testator enim, qui usumfructum filiofamilias reliquit, non tantum filio, sed etiam patri consulere voluisse praesumitur. Si ergo aliud sensisse testatorem appareat, puta ne mortuo filio pater usumfructum consequatur, praesumptio veritati cedet (2).

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*

(2) *L. Si filiofamilias* 23. *ff. de mort. causs. donat.* (39. 6.)

§. 1739.

Quaerunt interpretes, utrum in hac specie duplex sit ususfructus, an unicus; et consequenter, an duplex, an unica satisdatio praestanda sit. Unicum defendimus usumfructum, qui penes patrem sit, quamdiu is vivit, et defuncto patre ad filium perveniat: atque ideo una cautio praestari a patre debeat; Justinianus enim usumfructum filio relictum comparat ei, qui servo legatus sit (1): certum porro est, unum esse in hoc casu usumfructum, et unam satisdationem sufficere.

(1) *D. l. ult. cod. hoc tit.*

§. 1740.

Si prior usufructuarius, fideicommissi titulo, usumfructum statim restituere debeat, non prius extinguetur, quam decesserit fideicommissarius, ad quem proprie ususfructus pertinet (1). Sane, si testator jusserit, ut ususfructus a fideicommissario amissus ad fiduciarium reverti debeat, quemadmodum cautio a fiduciario quoque praestanda esset (2), ita nonnisi hoc decedente extingueretur ususfructus. Atque eadem obtinet regula, quoties conjunctim duobus legatus est ususfructus propter jus accrescendi, ex quo, decedente altero collegatario, amissa portio superstiti acquiritur (3).

(1) *Si legatum usumfructum legatarius alii restituere rogatus est, id agere praetor debet, ut ex fideicommissarii persona magis, quam ex legatarii, pereat ususfructus. L. Si legatum* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si usus fructus* 9. *ff. usufructuarius quemadmodum caveat* (7. 9.)
(3) *L.* 1. *princip. ff. de usufructu adcrescendo* (7. 2.)

§. 1741.

Inst. l. 2. tit. 4. ff. l. 7. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 33.

2. Finitur ususfructus in diem, vel sub conditione relictus veniente die, vel existente conditione (1): nisi usufructuarius antea decedat; quippe ususfructus perpetuo usufructuarii morte extinguitur (2). Quod si haeres interim alteri usumfructum concesserit, die veniente, vel impleta conditione, ad usufructuarium perveniet, nunquam reversurus ad alterum; utpotequia neque jus accrescendi locum habere potest, neque ab haerede in hoc casu praesumitur repetitus (3).

(1) *Interdum proprietarius ad libertatem perducet, si forte ususfructus fuerit tamdiu legatus, quamdiu manumittatur: nam incipiente proprietario manumittere, extinguetur ususfructus. L. Interdum* 15. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Ambiguitatem* 12. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Si sub conditione* 16. *ff. hoc tit.*

§. 1742.

Si ususfructus usque ad certum tempus, puta in decem annos, relictus sit, vel quamdiu vivet usufructuarius, per hasce adjectiones repetitus videtur ususfructus, quoties amissus fuerit: atque ideo nonnisi elapso tempore, vel decedente fructuario extinguitur; nec capitis deminutio locum habet (1).

(1) *L. Sicut in annos* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1743.

Dissidebant veteres jureconsulti, ad quod usque tempus perseverare deberet ususfructus mulieri, vel alteri cuicumque relictus, donec filius ad majorem aetatem pervenerit, atque filius ante eam actatem decesserit. Verum Justinianus, omni ambiguitate sublata, constituit, ut sola temporis ratio habeatur, quo filius, si vixisset, hanc complesset aetatem; ea motus ratione, quod testator potius ad tempus, quam ad filii, vel alterius vitam respexerit (1).

(1) *D. l. Ambiguitatem* 12. *cod. hoc tit.*

§. 1744.

Praeterea in eadem constitutione aliam, inter jureconsultos diu agitatam hinc inde, controversiam definivit, de eo casu, quo testator usumfructum alicui legaverit, donec filius, vel extraneus quilibet compos mentis fiat, atque hic amens, vel furiosus mortuus sit; videlicet decrevit, ut usufructus sola fructuarii morte extinguatur; quia contingere poterat, ut filius nunquam mentis compos fieret, quamvis praedecessisset ipse fructuarius (1).

(1) *D. l.* 12. *cod. hoc tit.*

§. 1745.

Praeter modos hactenus explicatos, quibus amittatur, vel finiatur ususfructus, alii non supersunt; nec enim extinguitur alienatione fundi fructuarii a domino facta (1), neque usucapione proprietatis (2); in utroque enim casu fundus cum suo onere ad successorem pervenit, utpotequod fundo ipsi inhaeret (3).

(1) *L. Neque ususfructus* 19. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Justo errore* 44. §. *Non mutat* 5. *ff. de usurpationibus, et usucapionib.* (41. 3.)
(3) *L. Est enim* 2. *ff. de usufructu* (7. 1.)

Inst. l. 2. tit. 4. ff l. 7. tit. 5. Cod. l. 3. tit. 33.

SECTIO VII.

De usufructu improprio, seu rerum, quae usu consumuntur.

Instit lib. 2. tit. 4. *De usufructu.*
Digest. lib. 7. tit. 5. *De usufructu earum rerum, etc.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufructu, et habit., etc.*

SUMMARIA.

Olim constitui non poterat ususfructus in rebus, quae usu consumuntur, deinde Senatusconsulto permissum fuit. §. 1746.

In usufructu improprio proprietas in usufructuarium transfertur. §. 1747.

Usufructuarius hic cavere debet, se finito usufructu tantundem restituturum, vel rerum aestimationem. §. 1748.

Quo differat improprius ususfructus a mutuo? §. 1749.

Legari potest ususfructus nominum tum debitori ipsi, tum extraneo. §. 1750.

Ususfructus rerum, quae usu consumuntur, constitui potest, tum testamento, tum contractu. §. 1751.

Satisdatio non est de substantia ususfructus improprii. §. 1752.

§. 1746.

Cum ususfructus sit jus alienis rebus utendi fruendi salva earum substantia (§. 1272.), haec autem salva esse nequeat in illis rebus, quae usu consumuntur, seu extinguuntur, idcirco antiquis temporibus ususfructus in iis consistere non poterat. Verum, quia saepe contingebat, ut testatores omnium bonorum suorum usumfructum relinquerent, inter quae ea etiam continentur, quae functionem, ut ajunt, in genere suo recipiunt, Senatus Romanus legem tulit, qua improprium harum rerum, seu quasi usumfructum permisit (1).

(1) *L. 1., et sequ. ff, hoc tit., §. Constituitur 2. instit. hoc tit.*

§. 1747.

Ergo improprius ususfructus in iis rebus consistit, quibus uti non possumus quin destruantur, quarum idcirco proprietas in legatarium transferri debet: atque hujus generis sunt vinum, frumentum, oleum (1), pecunia quoque (2); haec enim non quidem in se, sed utentis respectu vere consumitur (3).

(1) *L. Si vini 7. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. 2. ff. hoc tit.*
(3) *D. §. 2. instit. hoc tit.*

§. 1748.

Cum rei dominium in usufructu improprio in legatarium transferatur (§. 1745.), adeoque possit pro arbitrio ea uti, vel abuti, consequens est, locum in eo non habere proprii ususfructus satisdationem, qua spondet fructuarius, se boni viri arbitratu re usurum, atque finito usufructu restituturum, quod reliquum erit: sed aliam, qua promittat, se finito usufructu tantundem restituturum, vel rerum aestimationem (1).

(1) *Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit: proprietas ad legatarium transferri debet, et ab eo cautio desideranda est, ut quandoque is mortuus, aut capite deminutus sit, ejusdem qualitatis res restituatur: aut aestimatis rebus, certae pecuniae nomine cavendum est; quod et commodius est. Idem scilicet de caeteris quoque rebus, quae usu continentur, intelligemus. D. l. Si vini 7. ff. hoc tit.*

§. 1749.

Hoc autem discrimen intercedit, ut obiter dicamus, usumfructum inter, et mutuum. 1. Quod in mutuo nulla praestatur satisdatio, quae necessaria est in hoc usufructu (1). 2. Ususfructus capitis deminutione, et morte finitur (2), non vero mutuum. 3. Tandem

in mutuo regulariter restitui debet eadem rerum, atque ejusdem bonitatis quantitas: hic non refert, utrum pro rebus earum pretium restituatur (3).

(1) *D. l. 7. ff. hoc. tit.*
(2) *D. l. 7. ff. hoc tit.*
(3) *D. l. 7. ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 5. ff. l. 7. tit. 8. Co. l. 3. tit. 33.

§. 1750.

Dissidebant olim Romani prudentes, an post Senatusconsultum ususfructus nominum legari posset: sed affirmantium sententia obtinuit; et merito; sive enim debitori ipsi, sive extraneo nominis ususfructus relinquatur, in legato pecunia debita continetur, quae utilitatem afferre potest (1).

(1) *Post quod omnium rerum ususfructus legari poterit: an, et nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius, et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari, scribit, et remittendas ei usuras. L. Post quod omnium 3. ff. hoc tit.*

§. 1751.

Caeterum, quamvis Senatus dumtaxat meminerit ususfructus testamento relicti, ejus tamen sententia protrahi debet ad eum, qui actu inter vivos constituatur, ut omnes fatentur (1); ideo enim solius legati ususfructus mentio facta fuit, quia saepius ita constitui solet ususfructus; atque Senatusconsulto occasionem praestiterunt testamenta, in quibus legabatur ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur.

(1) *Argum. d. §. Constituitur 2. instit. hoc tit.*

§. 1752.

Utrum satisdatio, seu cautio datis fidejussoribus ad improprii ususfructus substantiam pertineat, disputant interpretes. Affirmant aliqui; utpotequia sub hac tantum conditione rerum, quae usu consumuntur, usumfructum permisit Senatus (1). Negant alii, et rectius; quia cautione etiam non praestita ususfructus vocatur, eoque durante datur remedium ad exigendam cautionem, et finito ad rem vindicandam, si species sit, vel condicendam, si quantitas (2). Neque ex eo, quod Senatus usumfructum hunc permiserit remedio cautionis, sequitur hanc ad substantiam ususfructus pertinere; sed tantummodo non aliter proprietarium cogi posse, ut rem tradat, quam cautione oblata: vel etiam rem traditam vindicare, nisi usufructuarius idonee caveat, quemadmodum de proprii ususfructus cautione supra diximus (§. 1654., et seqq.)

(1) §. *Constituitur 2. instit. hoc tit.*
(2) *L. Hoc Senatusconsultum* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*

CAPUT II.

De usu, et habitatione.

Instit. lib. 2. tit. 5. *De usu, et habitatione.*
Digest. lib. 7. tit. 8. *De Usu, et habit.*
Cod. lib. 3. tit. 33. *De usufruct., et habit., etc.*

SUMMARIA.

Proponuntur, quae de usu, et habitatione expendenda sunt. §. 1753.
Usus est jus utendi rebus alienis, salva rerum substantia. Explicatur definitio. §. 1754.
Usus in iisdem fere rebus consistit, ac ususfructus. §. 1755.
Testamento, contractu, et praescriptione usus acquiri potest. §. 1756.
Non autem legis, aut judicis auctoritate, vel jure accrescendi. §. 1757., *et* 1758.
Usuarius ex fundo tantum capere potest id, quo indiget ad victum quotidianum. §. 1759.

Inst. l. 2. tit. 5. ff. l. 7. tit. 8 Cod. l. 3. tit. 33.

A prudenti judicis arbitrio pendet definire, quae fructuum quantitas usuario debeatur, inspectis aetate, conditione, dignitate, et familia usuarii. Quantitas haec minui, vel augeri potest. §. 1760.

Usuarius neque vendere, neque donare, neque locare potest facultatem fructus percipiendi. §. 1761.

Nisi testator tacite, vel expresse facultatem hanc usuario concesserit. §. 1762.

Potest usuarius, qui alioquin nullum emolumentum ex re percepturus sit, vendere, vel locare facultatem utendi. §. 1763.

Usuarius fundi potest, fructuum tum naturalium, tum industrialium quantitatem accipere, quae sibi, et suis necessaria est. §. 1764.

Usuarius, cujuslibet anni initio, eam fructuum quantitatem capere potest, quae in annum sufficiat, partem restituturus, si ante decedat. §. 1765.

Usuarius fundi potest in eo habitare, non autem in villa; nisi illius quoque usus speciatim relictus fuerit. §. 1766.

Qui usum domus habet, potest in ea habitare, una cum familia, hospitibus, et clientibus, atque inquilinum recipere; dummodo ipse quoque in ea moretur. §. 1767.

Usuarius, qui omnes fundi fructus habeat, impensas omnes ferre debet, exemplo fructuarii: alioquin pro modo fructuum impensae dividuntur inter ipsum, et proprietatis dominum. §. 1768.

Extinguitur usus iisdem modis, ac ususfructus. Extinctus usus semper revertitur ad proprietatem, nisi aliud testator caverit. §. 1769.

Usuarius aeque, ac fructuarius, cavere debet datis fidejussoribus. §. 1770.

Habitatio est jus alienas aedes inhabitandi, salva earum substantia: magis ad usumfructum, quam ad usum accedit. §. 1771.

Servitus habitationis retinetur, quamvis legatarius ea non utatur: in facto potius, quam in jure consistit. §. 1772.

Domum locare potest, vel gratis habitandi facultatem impertiri, qui habitationis servitute potitur. §. 1773.

Transitio ad modos acquirendi rerum dominia, quos jus civile induxit. §. 1774.

§. 1753.

Justiniani vestigiis insistentes in hoc capite in primis agemus de usu, postmodum de habitatione. Quod ad usum pertinet, explicabimus. 1. Quid sit, quibus in rebus constituatur, et quo differat ab usufructu. 2. Quibus modis acquiratur. 3. Quae sint jura, et onera usuarii. 4. Quomodo finiatur. De habitatione autem demonstrabimus, quid sit; in quo conveniat, vel differat ab usu, atque ab usufructu; quomodo constituatur, vel extinguatur.

§. 1754.

Definiri solet usus, *jus utendi rebus alienis, salva earum substantia*, quibus verbis aliqui addunt *ad victum quotidianum*. Jus, seu facultas rebus alienis utendi dicitur, in quo cum usufructu convenit; neque enim usus magis, quam ususfructus servitutem in re sua dominus habere potest (1): uti tantum dicimus, non frui, in quo usus ab usufructu differt; quippe usufructuarius omne rei emolumentum percipit (§. 1729.), usuarius id tantum, quo ad quotidianum victum necesse habet; utrique tamen in eo conveniunt, quod re uti debeant, quemadmodum utitur diligens quisque paterfamilias.

(1) *L. Uti frui 5. ff. si ususfructus petatur* (7. 6.)

§. 1755.

Usus constituitur in iisdem fere rebus, quae usumfructum recipiunt: fere dixi, ut significem, vix usum esse posse earum rerum, quae nullum afferunt lucrum, quamvis hac usumfructum admittant (§. 1433.); neque enim ad victum quotidianum prosunt: vel saltem usu rerum hujusce generis relicto, dicendum esset, legatum hoc ab usufructu non differre, quemadmodum tradit Ulpianus de usu pecuniae, aliarumve rerum, quae usu consumuntur (1).

(1) *Quae in usufructu pecuniae diximus, vel caeterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt: nam idem continere usum pecuniae, et usumfructum, et Julianus scribit, et Pomponius. L. Hoc Senatusconsultum* 5. *§. ult. ff. de usufr. ear. rer.* (7. 5.) Inst. l. 2. tit. 5. ff. l. 7. tit. 8. Cod. l. 3. tit. 33.

§. 1756.

Iisdem modis usus, ac ususfructus constituitur, ait Justinianus (1): proinde testamento (2), contractu, dummodo aliquis actus interveniat, quo rei traditio significetur (3), quemadmodum de usufructu supradiximus (§. 1291.): tandem praescriptione etiam acquiri potest, non secus, ac caeterae servitutes (4).

(1) *Princip. instit. hoc tit.*

(2) *L. Ususfructus* 5. *ff. de usufructu* (7. 1.), *l. Per servum* 14. *§.* 1., 2., *et* 3.; *l. Fundi usu* 15. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Omnium*. 3. *ff. de usufructu.*

(4) *L. ult. in fine cod. de praescriptione longi temporis* (7. 33.).

§. 1757.

Sed in eo usus ab usufructu in hoc argumento differt, quod nullum est exemplum usus legis auctoritate constituti, cum tamen plura sint ususfructus (§. 1375., et seqq.). 2. Neque usus judicis potestate in familia erciscunda, vel communi dividundo alteri adjudicatur, quemadmodum in usufructu contingit. Tandem ususfructus in plures partes tribui potest, itaut plures sint usufructuarii ejusdem fundi (1), non autem usus (2); cum enim non liceat usuario majorum fructuum quantitatem e fundo percipere, quam victus quotidiani necessitas expostulat, nequit fructuum partem alteri dimittere; et simul partem retinere, qua ad victum quotidianum indiget; cum tamen nihil vetet, quominus usufructuarius, cui fructus omnes competunt, parte retenta, alteram alteri cedat.

(1) *L. Ususfructus* 5. *ff. de usufructu* (7. 1.)

(2) *Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus. L. Usus pars* 19. *ff. hoc tit.*

§. 1758.

Hinc aliud discrimen profluit, quod et ipsa usus indoles exposcit: videlicet non sicut usumfructum (§. 1419.), ita usum jure accrescendi comparari posse; tum quia usufructuarii nequeunt re conjungi; tum quia mortuo, vel capite minuto altero, qui ejusdem fundi usum habeat, superstitis necessitates inde non augentur. Quare extinctus quacumque ratione usus ad proprietatem revertitur, etiamsi fingatur casus, quo plures ex eodem praedio fructus ad usum quotidianum percipiant.

§. 1759.

Ex iis, quae hactenus diximus, non obscure dignosci possunt usuarii jura, cujus certe minora sunt, quam usufructuarii (1). Usuarius ergo id tantum ex fundo capere potest, quo ad victum quotidianum indiget (2): cum tamen usufructuarius omnes indistincte fructus suos faciat (3). Quod si earum rerum relictus sit usus, quae functionem, ut ajunt, seu consumptionem, ipso usu recipiunt, vel si omnibus fundi fructibus usuarius ad victum quotidianum indigeat, usus in duobus hisce casibus ab usufructu non distinguetur (4).

(1) *§.* 1. *instit. hoc tit.*

(2) *D. §.* 1. *instit. hoc tit.*, *l. Plenum autem* 12. *§.* 1. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Usufructu* 7. *ff. de usufructu* (7. 1.).

(4) *D. l. Hoc Senatusconsultum* 5. *§. ult. ff. de usufruct. ear. rer.* (7. 5.), *l. Fundi* 15. *ff. hoc tit.*

§. 1760.

Quae autem fructuum quantitas usuario tribui debeat, non una certa regula statui potest, sed a prudenti judicis arbitrio pendet, inspectis aetate, conditione, et dignitate usuarii (1), necnon ejusdem familia (2); usuario enim conceditur, ut non tantum sibi, sed et suorum usui fructus percipiat (3); cum testantium voluntates benignius explicari

Inst. l. 2. tit. 5. ff. l. 7. tit. 8. Cod. l. 3. tit. 33.

debeant (4). Quare, aucta familia, majorem fructuum partem jure postulat usuarius (5), eaque ex adverso imminuta, minor fructuum copia debebitur (6); usus enim aequiparatur legato alimentorum, quorum quantitas perpetua non est; sed augeri, et minui potest, prout crescunt, vel minuuntur alimentarii necessitates (§. 178. 1.)

(1) *L. Divus Hadrianus* 22. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Plenum autem* 12. §. 1. *in medio ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 12. §. 1. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 12. §. *Sed si pecoris* 2. *in fine ff. hoc tit.*

(5) *Argum. l. Peculium* 65. *ff. de legatis* 2. (31. 1.)

(6) *Argum. l. Si grege legato* 22. *ff. de legatis* 1. (30. 1.)

§. 1761.

Praeterea usuarius neque vendere, neque donare, neque locare potest jus suum, seu facultatem fructus ex fundo percipiendi (1), quae omnia usufructuario conceduntur (2), haerede ipso invito (3); in usu enim ratio habetur conditionis, dignitatis, et familiae usuarii, quae plerumque in diversis personis diversa sunt: contra in usufructu, cujus vi omne rei emolumentum acquiritur, tantummodo desideratur, ut bonum patremfamilias se exhibeat, qui fructus percipit; nec interest, an usufructuarius ipse sit, an quicumque alius usufructuarii jure, et nomine.

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*, *l. Sed neque locabunt* 8., *l.* 11., *l.* 12. §. *Equitii* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Arboribus evulsis* 12. §. *Usufructuarius* 2. *ff. de usufructu* (7. 1.)

(3) *L. Cui ususfructus* 67. *ff. eod. tit. de usufructu.*

§. 1762.

Sed regula haec, qua diximus, usuarium neque vendere, neque locare posse facultatem sibi tributam, exceptionem habet, cum expresse, vel tacite aliud testatori placuit: tacita autem testatoris voluntas dignosci potest ex conditione, et consuetudine legatarii, tum etiam ex rei indole, cujus usus legatus est. Hinc equitii usu ei relicto, qui equos locare solebat ad ludos circenses, a testatore sciente legatarium hujus esse instituti, et vitae, censuit Ulpianus locandi ad hunc usum potestatem competere (1).

(1) *Equitii quoque legato usu, videndum, ne et domare possit, et ad vehendum sub jugo uti? et si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum circensibus his usurum: quia quasi locare eos videtur; sed si testator sciens eum hujus esse instituti, et vitae, reliquit, videtur etiam de hoc usu sensisse. D. l. Plenum autem* 12. §. *Equitii* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1763.

Idem ferri debet judicium, si usuarius nullum ex re emolumentum percepturus sit, nisi vendere, vel locare permittatur. Quare rescripsit Imperator Hadrianus, prohibendum non esse eum, cui usus silvae legatus fuit, quominus silvam caedat, et vendat (1): quae tamen definitio non ad omnem casum pertinet, sed ad eum tantummodo, quo ex specialibus adjunctis, puta quia usuarii domicilium longo itineris intervallo a silva distet, futurum sit inutile legatum, nisi usuario vendendi, vel locandi facultas indulgeatur, alioquin enim usuarius ad usum suum silvam caedere debet (2).

(1) *Divus Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri: quia, nisi liceret legatariis caedere silvam, et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato. L. Divus Hadrianus* 22. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 12. §. 1. *ff. hoc tit.*, §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1764.

Sed breviter investigemus specialia cujusque usuarii jura. Qui fundi usum habet, fructuum tum naturalium, tum industrialium eam quantitatem accipere potest, quae sibi, et familiae suae necessaria est (1): quinimmo, inspecta usuarii dignitate, interdum con-

ceditur, ut pro convivis, et hospitibus fructuum quoque partem excipiat, ita tamen ut in urbem convivarum, et hospitum caussa ex iis tantummodo fructibus ferat, quae minoris aestimantur, veluti pomis, oleribus, et his similibus, quae in fundo abundant: caeteris vero nonnisi in villa pro convivis, et hospitibus utatur (2).

Inst. l. 2. tit. 5 ff. l. 7. tit 8. Cod. l. 3. tit. 33.

(1) *D. l.* 12 §. 1. *ff. hoc tit. d.* §. 1. *instit. hoc tit.*

(2) *Aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est usus. Sed utetur is (ut puto) dumtaxat in villa. Pomis autem, et oleribus, et floribus, et lignis videndum, utrum eodem loco utatur dumtaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint? Sed melius est accipere, et in oppidum deferenda; neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo. D. l.* 12. §. 1. *in fine ff. hoc tit.*

§. 1765.

Caeterum usuario permittitur, ut eam fructuum quantitatem simul accipiat, quae in annum sufficere possit, quamvis forte mediocris praedii fructus inde consumantur (1); ea tamen lege, ut proprietario restituat, quod anno nundum finito superest, si forte prius decesserit; usuarius enim fructus suos non facit, nisi quatenus illis indiget, et utitur ad quotidianum usum (§. 1759.)

(1) *Fundi usu legato, licebit usuario, et ex penu, quod in annum dumtaxat sufficiat, capere, licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur: quia et domo, et servo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine supersit. L. Fundi usu* 15. *ff. hoc tit.*

§. 1766.

Praeterea potest usuarius fundi in eo habitare seu potius in praedio rustico fundi caussa extructo, atque dominum prohibere, ne ibi moretur, non autem colonum (neque dominum eo tempore, quo fructus colliguntur), quemadmodum etiam cella vinaria, et similibus invito domino utitur (1). Sed in villa, habitandi caussa a domino aedificata, morari nequit usuarius, praeterquam si illius usus speciatim legatus fuerit (2).

(1) *L. Si habitatio* 10. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Plenum autem* 12 *ff. hoc tit.*

§. 1767.

Qui usum domus habet, potest in ea habitare una cum familia, hospitibus, et clientibus (1), inquilinum quoque recipere, dummodo ipse in ea domicilium constituat (2); quamvis enim regula generalis sit, usuario neque vendendi, neque locandi facultatem competere (§. 1761.), si tamen malit parte domus contentus esse, prohiberi non debet, ne aliam partem locet, ut inde emolumentum aliquod percipiat sine proprietarii dispendio (3).

(1) *L. Cui usus* 2. §. 1., *et l.* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. §. *ult. in fine*, *et l. Caeterum* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Divus Hadrianus* 22. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1768.

Quemadmodum vero minora sunt usuarii jura, quam usufructuarii, ita leviora quoque sunt onera. Si ergo quaeratur, quas impensas ferre debeat usuarius, distinguendum est utrum omnes fundi fructus percipiat, quia omnibus indigeat, an partem tantum. Si omnes fundi fructus habeat, impensas in fundi refectionem facere debet (1), exemplo fructuarii (§. 1689.), cui in hoc casu comparatur. Si autem non omnes fructus usus nomine consequatur, habita ratione minoris, vel majoris quantitatis fructuum, plus vel minus in fundi utilitatem, culturam, et refectionem impendere tenebitur (2), ut ita commoda, et onera, servata aequalitate, distribuantur.

(1) *Si vero talis sit res, cujus usus relegatus est, ut haeres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est. L. Si domus* 18. *ff. hoc tit.*

(2) *Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis, tam haeredis, quam usuarii. D. l.* 18. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 5. ff. l. 7. tit. 8. Cod. l. 3 tit. 33.

§. 1769.

Extinguitur usus iisdem quoque modis, quibus ususfructus finitur (1), videlicet morte, capitis diminutione, non usu, consolidatione, et substantiali rei mutatione (2): quamquam in eo differt ab usufructu, quod usus semel amissus semper ad proprietarium revertitur, nisi aliud testator caverit; ususfructus vero jure accrescendi aliquando prius ad collegatarium pervenit, quam proprietati jungatur, ut supra diximus (§. 1758.)

(1) *Princ. instit. hoc tit.*

(2) §. *penult. instit. de usufructu* (2. 4.)

§. 1770.

In eo etiam convenit usuarius cum usufructuario, quod aeque cavere tenetur praestitis fidejussoribus, se boni viri arbitratu usurum; tum usu finito, quod reliquum erit restituturum (1). Atque in hac re eadem servare debet usuarius, quae fructuario incumbunt, et superius exposuimus (§. 1642, et seqq.).

(1) *L. Huic stipulationi* 5. §. 1. *ff. usufructuarius quemadmodum caveat* (7. 9.)

§. 1771.

Sequitur, ut de habitatione quaedam dicamus. Habitatio nihil aliud est, quam jus alienas aedes habitandi, salva earum substantia (1). Eadem servantur regulae in habitatione, quae in usu domus, cum quaeritur, quas personas secum recipere possit ille, cui relicta est habitatio (2). Quamquam amplior facultas huic concedenda videtur, quam usuario; upotequia post Justiniani constitutionem habitatio magis ad usumfructum, quam ad usum accedere judicatur (3). Atque idem quoque onus praestandae satisdationis imminet ei, qui habitationis servitute utitur (4).

(1) §. *Item is* 2. *instit. hoc tit.*

(2) *D.* §. *instit. hoc tit.*, *l. Si habitatio* 10 *ff. hoc tit.*

(3) *L. Cum antiquitas* 13. *cod hoc tit.*

(4) *L. Huic stipulationi* 5. §. *ult. ff. usufruct. quemadm. cav.* (7. 9.) *V.* §. 1651.

§. 1772.

Constituitur habitatio iisdem modis, quibus ususfructus, atque iisdem quoque modis finitur, excepto non usu, quo servitus habitationis non amittitur (1); quoniam habitatio, ut scite animadvertit Modestinus, non secus ac legatum in annos, vel menses singulos, in facto potius, quam in jure consistit (2): videlicet, si quaeratur, utrum subsistat legatum habitationis, potius inspici debet, an legato frui possit, quam utrum capax sit legati, inspecta legum severitate, prout servatur in alimentis, quorum pars est habitatio (3), quae iis etiam relinqui possunt, qui nullam juris civilis communionem habent (4).

(1) *D. l. Si habitatio* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *Legatum in annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercedit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat: videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit. L. Legatum* 10. *ff. de capite minutis* (4. 5.)

(3) *L. Legatis* 6. *ff. de alimentis, vel cibariis legatis* (34. 1.)

(4) *L. Is, cui* 11. *ff. eod. tit.*

§. 1773.

Caeterum nemo dubitat, quin ille, cui servitus habitationis debetur, possit locare domum; nihil enim interest proprietarii, ait Justinianus, utrum legatarius, an extraneus in domo habitet (1): praeterquamquod habitatio magis usuifructui, quam usui assimilatur. Atque hinc jure infertur, posse quoque alteri gratis concedi facultatem inhabitandi, quemadmodum de usufructuario diximus (§. 1554.)

(1) *D. l. Cum antiquitas* 13. *cod. hoc. tit.*

§. 1774.

Hactenus, Justiniani exemplo, modos exposuimus, quibus jure gentium rerum dominia acquiruntur: eodem duce progredimur ad modos, quos jus civile induxit, quales sunt usucapio, donatio, legata; de quibus tamen non agit Imperator, nisi explicatis iis, quae ad testamenta pertinent.

FINIS TOMI TERTII.

INDEX TITULORUM

JUXTA RERUM SERIEM.

LIBER SECUNDUS

INDEX TITULORUM

ORDINE ALPHABETICO DIGESTUS.

FINIS.

